Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von
Klaus Peter Freitag
aus Breslau

Göttingen 1968

1967

Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von
Klaus Peter Freitag
aus Breslau

Göttingen 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. Rinck
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Großfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 6. Dezember 1967

Literaturverzeichnis

Albrecht, K.: Sicherung des Leistungswettbewerbs. Der Volkswirt, 8. Jg. Nr. 34, August 1954, S.18 ff.

Arndt, E.: Wirtschaftlicher Liberalismus und Wirklichkeit. Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik ohne Dogma. Hrsg. H.D. Ortlieb Stuttgart, Düsseldorf 1954.

Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1960.

Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Bd.1 Wettbewerbsrecht, 9.Aufl. München und Berlin 1964.

Behrens, K.-Chr.: Vom Verbraucher. Wirtschaftsfragen der freien Welt. Zum 60. Geburtstag von Bundeswirtschaftsminister L. Erhard. Frankfurt/M. 1957, S.209-223.

Behrens, F.-St.: Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. NJW 1958, S.481-485.

Benisch, W.: Schutz des Leistungswettbewerbs. Übersicht über Diskussion und Problematik. Hrsg. Bundesverband der dt. Industrie. Abteilung Wettbewerbsordnung. Drucksache Nr.77 Köln 1966, S.9 - 34. (zitiert: Benisch, Leistungswettbewerb).

Benisch, W.: Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs. WuW 1955, 421 - 441.

Benkendorff, G.: Korreferat zu Ilau. Der Wettbewerb. Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Sondernummer vom 1.9.1956, S.14 - 18. (zitiert: Benkendorff, Korreferat).

Benkendorff, G.:	Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln. WuW 1958, S.416-429.
Berg, C.:	Grundfragen des Wettbewerbsrechts. Diss. Frankfurt/M. 1936.
Beste, Th.:	Leistung, Leistungsvermögen, Leistungssteigerung. s. von Wartenburg, S.131-171.
Biedenkopf, K.H.:	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Heidelberg 1958.
Bierling, W.:	Der Schutz des Leistungswettbewerbs. (Eine Studie über die Generalklausel des § 1 UWG) Diss. Bonn 1957. (Maschinenschrift).
Bock, H.:	§ 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. BB 1958, 957-962.
Böhm-Entwurf:	Böhm-Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Deutscher Bundestag. Drucksachen. 2. Wahlperiode Nr.1269. (Abdruck WuW 1955, 319-327).
Böhm, F.:	Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung. Stuttgart und Berlin 1937. (zitiert: Böhm, Ordnung)
Böhm, F.:	Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 1933. (zitiert: Böhm, Wettbewerb).
Böhm, F.:	Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung. s. von Wartenburg, S.51-98. (zitiert: Böhm, Wettbewerb als Instrument).
Borchardt-Fikentscher:	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung. Stuttgart 1957.
v.Braunmühl-Zweck:	Wirtschaftswerbung. Berlin 1934.

Brinkmann, H.-V.:	Markttransparenz und Wettbewerbsrecht. Diss. Göttingen 1963.
Brockhaus:	Der große Brockhaus. 17. Aufl. 7.Bd. Wiesbaden 1955
Brugger, G.:	Zur Auslegung des § 1 GWB. WuW 1959, S.467-485.
v. Brunn, J.H.:	Die wettbewerbsläuternde Vereinbarung. Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Festschrift für R. Isay. Köln, Berlin 1956, S.167-194. (zitiert: v. Brunn, Vereinbarung)
v. Brunn, J.H.:	Gedanken und Erfahrungen zum Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung. Giese - v. Brunn, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung. Frankfurt/M. 1950, S.26-112. (zitiert: v. Brunn, Gedanken)
v. Brunn, J.H.:	Besprechung v. Summerer: 'die ungleiche Behandlung von Kunden' und v. Fikentscher: 'die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht'. Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik 1958, S.636-637. (zitiert: v. Brunn, Besprechung).
Brunner, E.:	Gerechtigkeit. Zürich 1943.
v. Büren, B.:	Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943. Zürich 1957. (zitiert: v. Büren, Kommentar)
v. Büren, B.:	Über die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet der vergleichenden Werbung. ZBJV 82 (1946), S.313-330.
Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1958:	Deutscher Bundestag. 3. Wahlperiode. Drucksachen. Nr. 1000.

Bundeskartellamt,
Tätigkeitsbericht 1959: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 3. Wahlperiode. Nr.1795.

1960: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 3. Wahlperiode. Nr.2734.

1961: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 4. Wahlperiode. IV/378.

1962: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 4. Wahlperiode. IV/1220.

1963: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 4. Wahlperiode. IV/2370.

1964: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 4. Wahlperiode. IV/3752.

1965: Deutscher Bundestag. Drucksachen. 5. Wahlperiode. V/530.

(zitiert: BKA - TB 1958 usw.)

Bußmann, K.: Die Bezugnahme auf den Mitbewerber in der eigenen Werbung. ZAkDR 1935, S.841-845.

Caminada, A.: Die zu schützenden Rechtsgüter im Wettbewerbsrecht nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934, Diss. Bern 1944.

Callmann, R.: Der unlautere Wettbewerb. Kommentar. Mannheim, Berlin 1929.

Callmann, R.: Der unlautere Wettbewerb. Kommentar. 2.Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

v. Castelberg, C.: Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts. Diss. Zürich 1948

van Dam, H.G.: Preisunterbietungen als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 9. Basel 1935.

Danielcik, H.P.: Die Änderungen des Wettbewerbsrechtes nach dem Gesetz vom 26. Februar 1935.
JW 1935, S.1513-1514.

Deiters, E.: Zum Streit um den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerbsrecht.
Diss. Köln 1934.

Deutsches Handbuch der Politik: s. Handbuch, Deutsches, der Politik.

Dörge: Konzentration und Kooperation in der wachsenden Wirtschaft.
Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik. 6.Jahr.
Tübingen 1961, S.109-141.

Dornseiff, F.: Der Deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 5. Aufl.
Berlin 1959.
(zitiert: Dornseiff, Wortschatz).

Dornseiff, F.: Die Leistung.
Lexis Bd.1 (1948), S.16-19.

Droste, K.: Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb.
WRP 1964, S.65-72.

Duden: Grammatik der deutschen Gegenwartssprache. Der Große Duden Bd.4.
Mannheim 1959.

Dürr, E.-W. Fr.: Ordoliberalismus und Sozialpolitik.
Diss. Zürich 1954.

Ebisch, H.: Wirtschaftsstrafgesetz.
Berlin, Frankfurt/M. 1959.

Elster, A.: Wettbewerbsrecht.
Berlin 1941.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
1. Bd. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl.
Tübingen 1959 f.

Erhard, L.: Monopolgesetz verschoben. Aber keine Beschränkung des Leistungswettbewerbs. Die Welt vom 3. August 1949 Nr.106 S.2.

Eucken, W.: Grundlagen der Nationalökonomie. 7. Aufl. Berlin usw. 1959 (zitiert: Eucken, Grundlagen)

Eucken, W.: Grundsätze der Wirtschaftspolitik. 2. Aufl. Tübingen - Zürich 1955. (zitiert: Eucken, Grundsätze).

Eucken, W.: Wettbewerb als Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung. s. von Wartenburg, S.29-49. (zitiert: Eucken, Grundprinzip).

Fikentscher, W.: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. München und Berlin 1958. (zitiert: Fikentscher, Wettbewerb).

Fikentscher, W.: Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht. 2. Aufl. Heidelberg 1962. (zitiert: Fikentscher, Preisunterbietung).

Fikentscher, W.: Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB. WuW 1961, S.788-801.

Forker, H. J.: Das Wirtschaftlichkeitsprinzip und das Rentabilitätsprinzip. Ihre Eignung zur Systembildung. Berlin 1960.

Freiberger, H.: Der Wahrhaftigkeitsgrundsatz und die Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Wettbewerbsrecht. Frankfurter rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr.8. Frankfurt/M. 1938.

Fricke, R.: Die Grundlagen der Produktivitätstheorie. Frankfurt/M. 1961.

Friese:	Wende im Wettbewerbsrecht. Die nationale Wirtschaft 1934, S.47-51.
Gablers Wirtschafts-lexikon:	Dr. Gablers Wirtschaftslexikon. 5. Aufl. Hrsg. R. und H. Sellin. Wiesbaden 1962.
v. Gamm, Frhr. O.-Fr.:	Wettbewerbsrecht. Köln usw. 1964.
Gemeinschaftskommentar:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar. Hrsg. Müller-Henneberg und Schwartz. 1. Aufl. Köln, Berlin 1958 2. Aufl. Köln, Berlin usw. 1963.
Germann, O.A.:	Concurrence déloyale. Zürich 1945. (zitiert: Germann, Kommentar).
Germann, O.A.:	Die bona fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts. Aequitas und bona fides. Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius. Basel 1955, S.71-89. (zitiert: Germann, Bona fides)
Germann, O.A.:	Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes. SJZ (1944), S.285-292.
Germann, O.A.:	Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht auf der Grundlage des Entwurfs eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb. ZBJV 72 (1936), S.49-77.
Gieseke, P.:	Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens. GRUR 1950, S.298-311.
Griesbach, B.:	Grundlagen für Anwendung und Auslegung des GWB. BB 1962, S.1011-1016.
Gimmlinger, E.:	Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre zivilrechtliche Bekämpfung. Diss. Zürich 1938.

Grisel, A.:	La nation de la concurrence déloyale selon l'article 48 du code des obligations et la loi fédérale sur la concurrence déloyale. Journal des tribuneaux, Droit Fédéral, 93me année (1945), S.162-182.
Grosse, W.:	Zur Änderung des Wettbewerbsgesetzes. Der dt. Handel, Oktober 1954. Beilage zum Handelsblatt vom 18. Oktober 1954.
Grosse, W.:	Vorwort zu: Wettbewerbsleitsätze des Einzelhandels. WuW 1956, S.222-223.
Günther, E.:	Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf. MA 1957, S.35-46.
Günther, E.:	Der Schutz der Leistung außerhalb des Kartellrechts. WuW 1955, S.493-494.
Günther, E.:	Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln. MA 1954, S.346-356.
Günther, E.:	Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. MA 1959, S.269-279.
Gütebier, F.W.:	Der Leistungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht. JW 1934, S.1091-1096.
Gutachten des Ausschusses	für Wettbewerbsfragen, eingerichtet bei dem Deutschen Industrie- und Handelstag und der Hauptgemeinschaft des Einzelhandels. Nr.12/1950 Nr.17/1950
Gutmann, G. - Hochstrate, H.J. - Schlüter, R.:	Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland. Entwicklung und ordnungspolitische Grundlagen. Stuttgart 1964.

Deutsches Handbuch der Politik	Bd.1. Dt. Parteiprogramme. Hrsg. W. Mommsen. München 1960.
Haussmann, F.:	Der Antitrustgedanke im Wirtschaftssystem. Zugleich ein Beitrag zu den europäischen Antitrustsystemen. Zürich usw. 1950. (zitiert: Haussmann, Antitrustgedanke)
Haussmann, F.:	Der extreme Neolibaralismus. Hann.-Münden 1952. (zitiert: Haussmann, Neoliberalismus)
Haussmann, F.:	Übermaß und Mitte in der sozialen Marktwirtschaft. BB 1954, S.813-815.
Hefermehl, W.:	Handbuch der Sozialwissenschaften 12. Bd. Stichwort 'Wettbewerbsrecht'. Stuttgart usw. 1965.
Hellmann, F.:	Die Vernichtungsabsicht im Wettbewerb. Diss. Halle 1934.
Hellwig, F.:	Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit. WuW 1959, S.389-396.
Hellwig, H.:	Die Vorzüge der Bankfreiheit. Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung vom 14.12.1957 Nr.100, S.23.
Henner, G.:	Gegenstand und Inhalt von Wettbewerbsregeln. Diss. Würzburg 1962 (Maschinenschrift).
Herber, R.:	Leistungswettbewerb und Preisunterbietung. Diss. Köln 1956 (Maschinenschrift).
Herder:	Der Große Herder. Nachschlagewerk für Wissen und Leben. 5.Bd. 5.Aufl. Freiburg 1954.

Heuss, E.:	Allgemeine Markttheorie. Tübingen, Zürich 1965.
Hochstrate, H.J.:	s. Gutmann- Hochstrate - Schlüter.
Hoffmann, W.:	Der Einzelne und die Allgemeinheit im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz. JW 1935, S.153-158.
Hohenecker-Friedl:	Wettbewerbsrecht. Grundrisse des kaufmännischen Rechts. Hrsg. G. Stanzl, 2.Bd. Graz, Köln 1959.
Huber, E.R.:	Wirtschaftsverwaltungsrecht. 1.Bd. 2.Aufl. Tübingen 1953.
Huber, E.R.:	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. DÖV 1956, S.135-143.
Hubmann, H.:	Gewerblicher Rechtsschutz. Ein Studienbuch. München, Berlin 1962.
Hug, W.:	Unlauterer Wettbewerb. Gewerbe und Wissenschaft. Festgabe für A. Schirmer. St. Gallen 1941, S.119-169.
Ilau, H.:	Leistungswettbewerb und Wettbewerbsregeln. Der Wettbewerb. Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., Sondernummer vom 1. September 1956, S.6-14. (zitiert: Ilau, Wettbewerbsregeln)
Ilau, H.:	Wege zur Sicherung eines echten Leistungswettbewerbs. Informationsdienst der Hauptgemeinschaft des dt. Einzelhandels Nr.11/12 Nov.-Dezember 1954, S.199-223. (zitiert: Ilau, Wege zur Sicherung)

Isay, R.:	Der Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. NJW 1955, S.361-365.
Isay, R.:	Gutachten zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, veröffentlicht vom Ausschuß für Wettbewerbsordnung im Bundesverband der dt. Industrie. Köln 1954. (zitiert: Isay, Gutachten)
Isay, R.:	Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung. WuW 1954, S.557-580.
Joetze, G.:	Die sogenannte 'Superlativreklame' in der Dogmatik des Werberechts. Berliner Juristische Abhandlungen. Bd.5. Berlin 1962.
Jossi, A.:	Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Arbeitsbedingungen mit Berücksichtigung verwandter Tatbestände. Diss. Bern 1947.
Josten-Entwurf veröffentlicht unter dem Titel:	Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt. Frankfurt/M. 1949.
Junckerstorff, K.:	Das Leistungsprinzip als Träger des Wettbewerbs. ArchWbR 1937, S.169-172.
Kaminski, W.:	Behinderungswettbewerb contra Leistungswettbewerb. Lichttechnik 1954, S.310-312.
Kautter, E.:	Liberalismus, Marxismus, Kommunismus und das nationalsozialistische Leistungsprinzip. Berlin 1934.
Keins, G.:	Das geschützte Rechtsgut bei der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Diss. Breslau 1935.

Kellermann, A.:	Wettbewerbsbeschränkung durch Wettbewerbsregeln. WuW 1965, S.551-563.
Klug, O.:	Das Ordnungsprinzip des Wirtschaftssystems des deutschen Sozialismus. JW 1934, S.2670-2674.
Klug, O.:	Wirtschaftsrecht und Wirtschaftslehre. JW 1934, S.3106-3115.
Knöpfle, R.:	Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB. WuW 1962, S.159-179.
v. Köhler, K.-H.:	Nationalökonomie und Verwaltung. DVBl.1966, S.300-304.
Kraft, A.:	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht. München, Berlin 1963.
Krawielicki, R.:	Das Monopolverbot im Schumanplan. Tübingen 1952.
Krüger, H.:	Allgemeine Staatslehre. Stuttgart 1964.
Kühner, M.:	Der unlautere Wettbewerb im Schrifttum und in der Rechtsprechung seit 1933. Diss. Erlangen 1936.
Küng, E.:	Wirtschaftspolitische Gegenwartsfragen. St. Galler wirtschaftswissenschaftliche Forschungen, Bd.18. Zürich / St.Gallen 1962.
Kunze, G.:	Der Behinderungswettbewerb. Diss. Heidelberg 1964.
Laufke, F.:	Staatslexikon. Hrsg. Görres-Gesellschaft. Bd.7. Stichwort 'Unlauterer Wettbewerb'. Freiburg 1962.
Lehmann, H.:	Handel und Gewerbe. 3.Aufl. Berlin 1943.

Lehmann, M.R.: Die betriebliche Leistung und ihre Beurteilung. Leistungswirtschaft. Festschrift für Fr. Schmidt zum 60. Geburtstag. Berlin, Wien 1942, S.7-25.

Lieberknecht, O.: Regeln zur Förderung des Leistungswettbewerbs als Wettbewerbsregeln im Sinne des § 28 Abs.2 GWB. Festschrift für Ph. Möhring. München, Berlin 1965, S.67-85.

Lobe, A.: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd.1. Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung. Leipzig 1907.

Lukes, R.: Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von F. Böhm. Karlsruhe 1965, S.199-226.

Machlup, F.: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. 12. Bd. Stichwort 'Wettbewerb (III)'. Tübingen, Göttingen 1965.

Matter, E.: Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb. ZBJV 87 (1951), S.449-471.

Maunz-Dürig: Grundgesetz. Kommentar (Loseblatt). München, Berlin 1958 ff.

Mayer, O.: Die concurrence déloyale. ZHR Bd.26 (1881), S.363-437.

Meister, J.: Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens. Diss. Zürich 1954.

Mellerowicz, K.: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft. Bgr. von H. Nicklisch. 3. Aufl. Hrsg. von Seischab und Schwantag. Bd.3. Stichwort 'Leistung'. Stuttgart 1960.

Menze, H.: Open Price System und das GWB. WuW 1958, S.98-104.

Merkel, R.: Die Bekämpfung unzulässiger Preisunterbietungen. Köln, Berlin, Bonn, München 1962.

Mestmäcker, E.-J.: Der Böhm-Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. WuW 1955, S.285-295.

Metzner: Die Marktordnung in der Industrie. Tag des deutschen Rechts 1939. 6. Reichstagung des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes, Hrsg.: Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund. Bd.3 der Sammlung deutscher Rechtswahrertage. Berlin 1939, S.238-244.

Meyer-Cording, U.: Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts. WuW 1962, S.461-474.

Meyer-Cording, U.: Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts. JZ 1964, S.273-278 und S.310-314.

Meyer-Dohm, P.: Wirtschaftsmodelle und Wirklichkeit. Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik. Hrsg. H.-D. Ortlieb und B. Molitor, 10. Jahr. Tübingen 1965, S.141-154.

Miksch, L.: Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz. s. von Wartenburg, S.99-106 (zitiert: Miksch, Gebundene Konkurrenz)

Miksch, L.: Der Schutz des Wettbewerbs in der sozialen Marktwirtschaft. Bericht über eine Arbeitstagung. Hrsg. Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V. Frankfurt/M. (o.J.), S.15-33 (zitiert: Miksch, Schutz des Wettbewerbs)

Miksch, L.: Wettbewerb als Aufgabe. Ordnung der Wirtschaft. Heft 4. Stuttgart, Berlin 1937. (zitiert: Miksch, Wettbewerb)

Möhring, Ph.: Wettbewerbsordnung und Kartellrecht. WuW 1954, S.387-403.

Naegli, E.: Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung. Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Festgabe für den schweizer. Juristentag 1944 in St. Gallen. St. Gallen 1944, S.151-191.

Nawroth, E.: Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus. Heidelberg 1961.

v. Nell-Breuning, O.: Kritisches zum Begriff 'Wettbewerbsordnung'. WuW 1952, S.371-375.

v. Nell-Breuning, O. und H. Sacher: Zur Wirtschaftsordnung. Wörterbuch der Politik. Bd.4. Freiburg 1949.

Nemitz, K.: Die wirtschaftsordnungspolitische Konzeption der deutschen Sozialdemokratie. Diss. Bonn 1959.

Nipperdey, H.C.: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz. Kartellrundschau Heft 2. 3.Aufl. Köln, Berlin, München, Bonn 1965. (zitiert: Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft)

Nipperdey, H.C.: Wettbewerb und Existenzvernichtung. Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts. Berlin 1930. (zitiert: Nipperdey, Wettbewerb).

Nipperdey, H.C.: Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht. Köln 1960.

Nipperdey, H.C.: Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts. DRZ 1950, S.193-198.

Nipperdey-Wiese: Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Die Grundrechte. Hrsg. Bettermann und Nipperdey. Bd.4, 2. Berlin 1962, S.741-909.

Ohm, H.: Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik. Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen. Hrsg. H.-J. Seraphim. Schriften des Vereins für Sozialpolitik. N.F. Bd.18. Berlin 1960, S.239-260. (zitiert: Ohm, Definitionen).

Ohm, H.: Allgemeine Volkswirtschaftspolitik I.Systematisch-theoretische Grundlegung. Sammlung Göschen Bd.1195. Berlin 1962. (zitiert: Ohm, Volkswirtschaftspolitik)

Paul-Betz: Deutsches Wörterbuch. 5.Aufl. Tübingen 1966.

Perrin, A.: La concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943. Lausanne 1960.

Peter, H.: Freiheit der Wirtschaft. Kritik des Neoliberalismus. Köln 1953.

Pfister, E.: Leistungswettbewerb und Monopolkontrolle. Hochland 1947/1948, S.558-573.

Preiser, E.: Wettbewerbspreis und Kostenpreis. s. von Wartenburg, S.107-129.

Rasch, H.: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 2.Aufl. Herne, Berlin 1958. (zitiert: Rasch, Kommentar)

Rasch, H.: Zur Kritik an dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. WuW 1952, S.497-507.

Rauschenbach, G.: Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht. Schäffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Abt. II: Öffentliches Recht, 41.Bd. Stuttgart, Düsseldorf 1965.

Recktenwald, H.C.: Zur Lehre von den Marktformen. Preistheorie. Hrsg. A.E. Ott. Neue wissenschaftliche Bibliothek. 1. Köln usw. 1965, S.62-84.

Reimann, G.: Wettbewerb und 'Gute Sitten'. WuW 1957, S.621-626.

Reimer, E.: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 3.Aufl. Köln, Berlin 1954.

Reinhardt, R.: Leistungsprinzip und Wettbewerbsrecht. DJZ 1935, Sp. 274-279.

Reinhardt, R.: Grundsätzliches zum Leistungswettbewerb. Festschrift für J.W. Hedemann zum 60. Geburtstag am 24.4.1938. Jena 1938, S.381-386. (zitiert: Reinhardt, Leistungswettbewerb).

Rietschel, S.: Leistungswettbewerb. Monatsblätter f. freiheitl. Wirtschaftspolitik 1964, S.25-28.

Rinck, G.: Wirtschaftsrecht. Köln usw. 1963.

Rinck, G.: Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen. Recht im Wandel. Festschrift 150 Jahre Karl Heymanns Verlag K.G. Köln usw. 1965, S.361-375. (zitiert: Rinck, Begriffe)

Rinck, G.: Gute Sitten im Wettbewerb. Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien. 40. Göttingen 1961, S.151-174. (zitiert: Rinck, Gute Sitten)

Rittig, G.: Sozialismus und Liberalismus. Die neue Gesellschaft Juli/August 1954, S.42-53.

Röper, B.: Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen. Untersuchungen über Störungen der Marktwirtschaft. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 6. Berlin 1952. (zitiert: Röper, Konkurrenz).

Röper, B.: Probleme des Leistungswettbewerbs. Technische Mitteilungen 1958, S.568-572. (zitiert: Röper, Probleme).

Röper, B.: Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs. Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen. Hrsg. H.-J. Seraphim. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd.18. Berlin 1960, S.261-291. (zitiert: Röper, Verwirklichung)

Röper, B.: Verbraucherschutz durch Wettbewerb. MA 1964, S.381-389.

Röpke, W.: Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart. 5.Aufl. Erlenbach - Zürich 1948.

Rudloff-Blochwitz: Das Recht des Wettbewerbs. Berlin 1938.

Rüstow, A.: Zwischen Kapitalismus und Kommunismus.
Ordo 2.Bad. (1949), S.100-169.

Rüstow, A.: Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus. 2.Aufl.
Düsseldorf 1950.
(zitiert: Rüstow, Wirtschaftsliberalismus).

Schluep, W.R.: Markenschutz und Kartellgesetz. Stillstand und Fortentwicklung im Schweizerischen Recht. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1965.
Bern 1965, S.381-423.

Schlüter, R.: s. Gutmann-Hochstrate-Schlüter.

Schoen, F.: Leistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb.
Diss. Köln 1933.

Schramm, C.: Allgemeine Grundlagen eines deutschen Marktordnungsrechtes.
GRUR 1937, S.433-444.

Schwarzfischer, J.: Der Leistungswettbewerb.
Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins.
Fribourg 1943, S.327-360.

Seraphim, H.-J.: Kritische Bemerkungen zur Begriffs- und Wesensbestimmung der sozialen Marktwirtschaft.
Wirtschaftsfragen der freien Welt. Zum 60. Geburtstag von Bundeswirtschaftsminister L. Erhard.
Frankfurt/M. (1957), S.184-196.

Sölter, A.: Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung.
WuW 1955, S.230-242.

Sölter, A.: Preiswettbewerb in der Wirklichkeit.
Kartelle in der Wirklichkeit. Festschrift für Max Metzner.
Köln usw. 1963, S.189-214.
(zitiert: Sölter, Preiswettbewerb)

Sombart, W.: Der moderne Kapitalismus. 3.Bd.: Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus. 2.Halbbd.: Der Hergang der hochkapitalistischen Wirtschaft. Die Gesamtwirtschaft.
Berlin 1955 (unveränderter Neudruck)

Sprüngli, H.R.: Der unlautere Wettbewerb.
Diss. Zürich 1955.

Steindorff, E.: Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung. Summa ius summa iniuria. Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd.9.
Tübingen 1963, S.58-79.

Stilwörterbuch: Stilwörterbuch. Verfaßt von den Germanisten des Instituts für Sprachpflege und Wortforschung der Friedrich-Schiller-Universität Jena.
Leipzig 1966.

Tetzner, H.: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar. 2.Aufl.
Köln 1957.
(zitiert: Tetzner, Kommentar)

Tetzner, H.: Werbenot durch Werberecht.
WuW 1956, S.587-592.

Thesen für ein Grundgesetz der Wirtschaftsordnung.
Das Programm der Freiheit. Wortlaut der Vorträge, die auf dem Bundestag des Freiwirtschaftsbundes am 6. und 7.11.1952 gehalten wurden.
Bad Nauheim 1953, S.173-176.

Trübners Dt. Wörterbuch: Trübners Deutsches Wörterbuch. Wörterbücher der Deutschen Akademie.
4. Bd. Hrsg. A. Götze.
Berlin 1943.

Ulmer, E.: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht.
Berlin 1932.

Völp, F.: Wettbewerbsregeln und GWB. WRP 1957, S.351-357.

Wagen, G.: La théorie des droits de la personnalité et la notion de concurrence déloyale. Thèse Lausanne 1952.

v. Wartenburg, Graf Y.: Ansätze zum Leistungswettbewerb in der Kriegswirtschaft. Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese. Schriften der Akademie für deutsches Recht. Gruppe Wirtschaftswissenschaft, Heft 6. Berlin 1942, S.17-27.

v. Wiese, L.: Allgemeine Soziologie, Teil I. Beziehungslehre. München, Leipzig 1924.

Wilde, G.: Grundsätze der bundesgerichtlichen Wettbewerbsrechtsprechung. MA 1956, S.506-516.

Wilhelm, H.: Der Marktautomatismus als Modell und praktisches Ziel. Wiesbaden 1954.

Willeke, F.-U.: Leistungswettbewerb und Leistungsprinzip. Der Betrieb als Unternehmung. Festschrift für Wilhelm Rieger zu seinem 85. Geburtstag. Stuttgart 1963, S.158-174.

Wolf, E.: Probleme des unlauteren Wettbewerbs und des gewerblichen Rechtsschutzes (zivilrechtliche Sanktionen). Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1954, S.41-64.

Wolfer, H.: Das Verhältnis des Mißbrauchskriteriums zum Persönlichkeitsrechtsschutz im Wettbewerbsrecht. Diss. Basel 1945 (Maschinenschrift)

Würgler, H.: Die obersten Zielsetzungen der Wirtschaftspolitik. Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 96. Jg. (1960), S.195-227.

Wydler, H.A.E.: Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen in wettbewerbsrechtlicher Beleuchtung. Diss. Zürich 1956.

Weitere Literaturhinweise, insbesondere auf amtliche Publikationen, in den Fußnoten.

Bei Kommentaren wird die neueste Auflage ohne besondere Auflagenbezeichnung zitiert.

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Literaturverzeichnis		I
Einleitung: Ziel und Methode der Untersuchung		1
1. Abschnitt:	Geschichte des Begriffs Leistungswettbewerb	3
2. Abschnitt:	Der Begriff 'Leistungswettbewerb' als Interpretationshilfe in der Rechtswissenschaft	16
	1. im Verfassungsrecht	16
	2. im Wettbewerbsrecht	16
	a) im UWG	17
	b) im GWB	22
	3. im Bürgerlichen Recht	24
3. Abschnitt:	Vorschläge zur Verwendung des Begriffes 'Leistungswettbewerb' de lege ferenda	25
4. Abschnitt:	Kritische Bestandsaufnahme der zum Leistungswettbewerb vertretenen Ansichten	28
I.	Die bisherigen Definitionen	28
II.	Überblick über die unterschiedlichen Betrachtungsweisen des Leistungswettbewerbs	32
III.	Die mikro-ökonomische Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs bei § 1 UWG	38
	1. Die Anschauung Lobes	39
	2. Der Begriff bei Nipperdey	41
	3. Der Begriff in der Rechtsprechung	48
	a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	48
	b) Die Rechtsprechung nach 1945	53

Seite

IV. Die makro-ökonomische Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs im GWB 57

1. Darstellung 57

2. Zusammenfassende Stellungnahme 79

5. Abschnitt: Versuch einer Präzisierung des Begriffes 'Leistungswettbewerb' durch Aufgliederung in seine Komponenten 'Wettbewerb' und 'Leistung' 90

I. Der Wettbewerbsbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb 90

II. Der Leistungsbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb 95

6. Abschnitt: Zusammenfassung: Die Verwendbarkeit des Begriffes 'Leistungswettbewerb' im Wirtschaftsrecht 120

Die verwandten Abkürzungen entsprechen dem 'Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache auf der Grundlage der für den Bundesgerichtshof geltenden Abkürzungsregeln', bearbeitet von H. Kirchner, Berlin 1957.

Einleitung

Ziel und Methode der Untersuchung

In der vorliegenden Arbeit soll die juristische Relevanz des Leistungswettbewerbs untersucht und damit die Verwendbarkeit des im Wirtschaftsrecht häufig gebrauchten Begriffes überprüft werden. Zugleich wird dadurch ein Beitrag zu der Frage geleistet, ob eine Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (UWG)[1] unter dem Gesichtspunkt des Leistungswettbewerbs in Betracht gezogen werden sollte, wie es verschiedentlich in der Literatur vorgeschlagen wird.

Die sich in zahlreichen Definitionen widerspiegelnden sachlichen Unterschiede in der Auffassung vom Leistungswettbewerb beruhen vor allem darauf, daß der Begriff nicht nur in der öffentlichen Meinung, sondern auch in der wissenschaftlichen Diskussion mit unterschiedlichem Begriffsinhalt verwandt wird[2]. Eine allgemein anerkannte Definition gibt es nicht. In den Wirtschaftswissenschaften ist bisher eine befriedigende Begriffsbestimmung noch nicht gelungen[3], in der Rechtswissenschaft fehlt, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, ein entsprechender Versuch. Zahlreiche Autoren legen daher ihren Erörterungen eine neue, eigene Definition zugrunde mit der Folge einer allgemeinen terminologischen Unsicherheit. Begriffe sind aber Mittel zur gegenseitigen Verständigung, die wiederum nur dann erreicht werden

---

1) RGBl S.499

2) Benisch, Leistungswettbewerb S.17; Benkendorff, WuW 1958, 423

3) v. Brunn, Vereinbarung S.187; Ohm, Definitionen S.259; Perrin S.98; Willeke S.158

kann, wenn dem Diskussionspartner bekannt ist, was unter dem jeweiligen Begriff verstanden werden soll. Eine allgemeine Diskussion und Klärung des Leistungswettbewerbs setzt daher notwendig eine Ausdrucksweise voraus, mit der weitgehend gleiche Vorstellungen verbunden werden. Zunächst muß deshalb versucht werden, den Begriff näher zu umreißen, bevor erörtert werden kann, ob und gegebenenfalls welche rechtliche Bedeutung ihm beizumessen ist.

Von Sombart geprägt, wurde die Diskussion um den Leistungswettbewerb von Juristen wie Nipperdey und Böhm angeregt, dennoch aber wird der Begriff hauptsächlich in der Volkswirtschaftslehre verwandt[1]. Für die Auslegung solcher, primär wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe in Rechtsnormen und damit generell zur Präzisierung des Bedeutungsinhalts derartiger Begriffe soweit ihnen rechtserhebliche Bedeutung beigemessen wird, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht[2]. Einmal kann der Begriff unverändert aus der anderen wissenschaftlichen Disziplin übernommen werden, wobei sich der Jurist bei widerstreitenden Meinungen zum Gutachter aufwerfen und die ihm richtig erscheinende Ansicht zugrunde legen muß. Zum anderen kann aber auch ein selbständiger, möglicherweise weitgehend von Vorstellungen in der anderen Wissenschaft losgelöster Begriff entwickelt werden, der jedoch dem Begriffskern der eigentlichen Disziplin verhaftet bleiben muß. Wie weit diese Loslösung von der ursprünglichen Bedeutung gehen kann und darf[3], ist für den Begriff Leistungswettbewerb unerheblich. Wesentlich ist allein, daß bei dem Versuch einer Konkretisierung und näheren Abgrenzung des Begriffes - auch soweit er im Wirtschaftsrecht gebraucht wird - seine Bedeutung in den

---

1) S.3 ff.; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines GWB, BT-Drcks. 2.Wahlperiode zu Nr.3644, S.14
2) Rinck, Begriffe a.a.O.; zu diesem Problem auch Lukes S.201 ff., 212 ff.
3) Hierzu eingehend Rinck, Begriffe S.368 ff.

Wirtschaftswissenschaften zu berücksichtigen ist, weil er an außerrechtliche, wirtschaftliche Vorgänge anknüpft und erst von hier seinen Sinn erhält. Daneben ist eine Orientierung am allgemeinen Sprachgebrauch notwendig, da sich der Sinn des schon nahezu Allgemeingut gewordenen Begriffes[1] zwar weitgehend auch vom gewöhnlichen Sprachgebrauch entfernen, nicht aber eine völlig andere Bedeutung annehmen kann.

Damit liegt der methodische Gang der Untersuchung fest. Nach einem geschichtlichen Überblick und einer Darlegung der dem Leistungswettbewerb von der Rechtswissenschaft beigemessenen Bedeutung wird der Versuch unternommen, den Begriff im Wege der Bedeutungs- und Sprachanalyse unter Berücksichtigung der mit ihm in den Wirtschaftswissenschaften verbundenen inhaltlichen Vorstellungen zu erfassen.

1. Abschnitt

Geschichte des Begriffs Leistungswettbewerb

Während Rüstow[2] und Röpke[3] behaupten, daß sachlich bereits im klassischen Altertum zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb unterschieden worden sei, und auch Röper[4] die 'Ahnenreihe des Wettbewerbs als Wettlaufbeispiel' bis vor Cicero[5] zurückverfolgt, vertritt Krüger[6] die Ansicht, daß das Modell des Wettbewerbs erst eine Figur der Neuzeit, genauer des 19. Jahrhunderts sei.

---

1) s. S. 28
2) Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.135 f.
3) Röpke, Wettbewerb S.32
4) Röper, Konkurrenz S.19 Fn.10
5) Cicero, De officiis III 10, 42
6) Krüger S.455

Soll es sachlich Leistungswettbewerb, Leistungskonkurrenz[1] oder Leistungskampf[2] bereits in der Antike gegeben haben, so entstammt das Wort selbst der neuzeitlichen Wirtschaftswissenschaft[3]. Soweit ersichtlich, wurde es von Sombart geprägt[4], der als die drei Formen des wirtschaftlichen Wettbewerbs die Leistungs-, die Suggestions- und die Gewaltkonkurrenz ansah, wobei er unter Leistungskonkurrenz den Wettbewerb 'im eigentlichen, engeren, man kann auch sagen idealen Sinne'[5] versteht. In die wissenschaftliche Diskussion wurde der Begriff zuerst von Wettbewerbsrechtlern eingeführt[6]. Bei Mayer[7] und Lobe[8], die im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb häufig erwähnt werden[9], findet sich der Ausdruck noch nicht; in den juristischen Sprachgebrauch wurde er vielmehr erst 1929 von Callmann[10] übernommen[11], der im Anschluß an Sombart die Wettbewerbshandlungen ebenfalls in Leistungs-, Gewalt- und Suggestionskonkurrenz einteilte, ohne jedoch aus dieser rein systematischen Erfassung rechtliche Folgerungen zu ziehen[12].

---

1) Terminologie u.a. von Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S.30; Röpke, Wettbewerb S.32; Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.135; Sombart S.557
2) Terminologie u.a. von Böhm, Wettbewerb S.212; Preiser S.119
3) Bierling S.24; Böhm, Wettbewerb S.178; v.Castelberg S.77 Fn.8; Schwarzfischer S.329
4) a.A. Rinck, Gute Sitten S.172 Fn.126: Der Begriff gehe auf Nipperdey zurück.
5) Sombart S.557
6) Perrin S.99
7) Mayer ZHR Bd.26 (1881), S.363 ff.
8) Lobe, Der unlautere Wettbewerb, I.Bd., 1907
9) Böhm, Wettbewerb S.178; Fikentscher, Wettbewerb S.114; Germann, Bona fides S.81 Fn.45; Haussmann, Neoliberalismus S.21; Herber S.18, 27; Joetze S.36; Jossi S.24; Kraft S.268; Lehmann S.101; Perrin S.99; Wagen S.99 Fn.6; Wolfer S.55; Wydler S.8 Bei der unübersehbaren Literatur zu Wettbewerbsfragen kann den Anmerkungen nur exemplarische Bedeutung zukommen.
10) Callmann, 1.Aufl.,S.20, 46, 50, Rdnr.53 zu § 1 UWG
11) Böhm, Wettbewerb S.178; Bierling S.24
12) Böhm, Wettbewerb S.178; Nipperdey, Wettbewerb S.20

Ebenfalls im Anschluß an Sombart und unter Berufung auf Lobe unterschied Nipperdey in seinem 1930 veröffentlichten Gutachten[1] zur Entscheidung des OLG Düsseldorf im Benrather-Tankstellenfall[2] zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb. Er machte als erster diese Unterscheidung wettbewerbsrechtlich fruchtbar.

Mit diesem Gutachten Nipperdeys und seiner Einteilung der Wettbewerbshandlungen in Leistungs- und Behinderungswettbewerb setzte sich das Reichsgericht in seiner Revisionsentscheidung im Benrather-Tankstellenfall[3] eingehend auseinander. Hierauf beruht die weite Verbreitung des Begriffspaares in der Rechtsprechung. Noch heute gehören 'Leistungs-' und 'Behinderungswettbewerb' zur festen Terminologie insbesondere jener Urteile, die Preisunterbietungen zum Gegenstand haben[4].

Vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung war das im Jahre 1933 erschienene Werk Böhms 'Wettbewerb und Monopolkampf',

---

1) Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930
2) OLG Düsseldorf vom 25.7.1929 GRUR 1929, 1386
3) RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 ff. - Benzinkampf -
4) Beiläufig wurde der Begriff bereits in der Entscheidung des RG vom 20.5.1931 JW 32, 1883 (1884) erwähnt; ferner u.a.
RG vom 3.11.1933 JW 1934, 290 (292) - Kündigungshilfe; RG vom 25.1.1935 MuW 1935, 182 (185); BGH vom 17.12.1952 LM Nr.2 zu MRVO (BrZ) 78 - Werbeauftrag; BGH vom 15.12.1953 BGHZ 11, 260 (265) - Kunststoffiguren I; BGH vom 16.3.1954 BGHZ 13, 33 (37) - Warenkredit; BGH vom 3.12.1954 BGHZ 15, 356 (365) - Progressive Kundenwerbung; BGH vom 23.9.1955 BGHSt 8, 221 - Zement; BGH vom 13.2.1961 BGHZ 34, 264 (270) - 1=Pf-Süßwaren; BGH vom 6.12.1961 GRUR 1962, 191 (200) - Franziskaner; BGH vom 30.10.1963 LM Nr.134 zu § 1 UWG - GWA; BGH vom 26.2.1965, BB 1965, 513 - Kleenex; BGH vom 21.5.1965 BB 1965, 761; Hanseatisches OLG vom 30.8.1962 WRP 1962, 399 - Kundenberatungsdienst. Zu eng: Rinck, Gute Sitten S.182, die Einteilung werde von der Rechtsprechung nur bei Preisunterbietungen beachtet.

in dem der Leistungswettbewerb im Mittelpunkt der Erörterungen steht. Von hier wurde der Begriff Bestandteil des Neoliberalismus und schließlich Allgemeingut in den Wirtschaftswissenschaften[1].

In der Zeit des Nationalsozialismus versuchte eine Anzahl liberaler Wirtschaftswissenschaftler die politischen Ziele des Staates in den Dienst wirtschaftlicher Einsichten zu stellen und 'den Staat selbst Leistungswettbewerb veranstalten zu lassen'[2]. Hiermit zusammen fiel die schon etwa 1930 beginnende, mehr sozialethische Betrachtungsweise des Wettbewerbsrechts[3], die in den folgenden Jahren ihren Höhepunkt erreichte. Das Wettbewerbsrecht wurde nach dem parteipolitischen Grundsatz der NSDAP 'Gemeinnutz vor Eigennutz'[4] im wesentlichen von der Allgemeinheit her gesehen[5] und auf die 'Volksgemeinschaft als Ganzes'[6] ausgerichtet. Den Belangen der Allgemeinheit wurden die Interessen der einzelnen Wettbewerber untergeordnet, das gemeine Wohl als Schutzobjekt des UWG[7] angesehen und zur Abgrenzung von erlaubtem und unerlaubtem Wettbewerb herangezogen. Mit der Vorstellung einer genössischen Kooperation war der Gedanke eines ungeregelten Wettkampfes unvereinbar. Je mehr sich die wirtschaftlichen Verhältnisse verschlechterten und der Wettbewerb sich verschärfte, um so mehr sollte Leistungswettbewerb herrschen, mit dem allgemein eine Ordnungsfunktion verbunden wurde[8]. Es sollte kein Wirtschaftskrieg

---

1) Haussmann, Antitrustgedanke S.52
2) Haussmann BB 1954, 814; Hellwig S.23
3) Bierling S.22
4) Ziff.24 des Programms der NSDAP 1920, Abdruck: Deutsches Handbuch der Politik S.547 ff. (550)
5) Danielcik JW 1935, 1513; Friese, Die nationale Wirtschaft 1934, 47 ff.; Hoffmann JW 1935, 157; Kühner S.20
6) Hoffmann JW 1935, 157
7) Bierling S.22 m.w.N.
8) Marktordnung durch Leistungswettbewerb ist eine noch heute häufig erhobene Forderung, vgl. Raesch, Zuviel Wettbewerb im Handel?, Die Zeit vom 29.4.1966 Nr.18 S.36 f.

zwischen den Konkurrenten herrschen, in dem sich jeder jedes Mittels bedienen konnte, um den Mitbewerber aus dem Felde zu schlagen, sondern der Wettbewerb sollte ein Auslesekampf zum Wohle der Allgemeinheit sein: Der auf der 'volksverbundenen Leistung'[1], dem 'nationalsozialistischen Leistungsprinzip[2] aufbauende, geordnete Leistungswettbewerb sollte eine Leistungssteigerung und Leistungsauslese zugunsten der 'völkischen Wirtschaftsordnung'[3] herbeiführen. Im Liberalismus, so wurde argumentiert, sei aus dem 'weltanschaulichen Prinzip der Bindungslosigkeit' ein 'willkürliches Entschädigungssystem' entstanden, das die Leistung ignoriert und daher zum Zusammenbruch des Systems geführt habe. Aus der Erkenntnis dieser Zusammenhänge heraus habe der Nationalsozialismus an die Stelle der Bindungslosigkeit 'ein weltanschauliches Prinzip (gesetzt), das zu einem neuen sittlichen Entschädigungsprinzip in der Wirtschaft führte, welches die Fähigkeiten des einzelnen zum Einsatz und zur Entfaltung brachte'. Dieses neue Denken habe seinen Ausdruck gefunden in Worten wie: Gemeinsinn, soziale Verantwortung usw. Jede Entschädigung müsse von der individuellen Wirtschaftsleistung abhängig gemacht werden und der Gewinn als Entschädigung des Unternehmers in 'unzerreißbare Beziehung' zu der Leistung gebracht werden, er müsse 'aus einem allgemeingültigen Leistungswettbewerb entstehen'[4].

Bei dem ständig wachsenden Bedarf an Wirtschaftsgütern während des zweiten Weltkrieges ist es erklärlich, daß die 'größtmögliche Anspannung aller produktiven Kräfte im Dienste der nationalen Ertragssteigerung ... zur programmatischen Forderung erhoben' [5] wurde. Worte wie Leistung,

---

1) Gütebier JW 1934, 1092
2) Kautter S.30; Klug JW 1934, 3112; Reinhardt DJZ 1935,275
3) Lehmann, H. S.101, 104
4) Kautter S.31 ff.
5) Beste S.131, 151; Böhm, Ordnung S.50

Leistungsprinzip, Leistungssteigerung, Leistungswettbewerb wurden schließlich nur noch als bloße Floskeln gebraucht, so daß Dornseiff rückblickend im Zusammenhang mit der 'Aufbauethik der Jahre 1933 - 1938'[1] von der 'Leistungsethik für Erwachsene'[2] während der Zeit des Nationalsozialismus sprechen konnte. Leistung bezeichnete weniger den hervorgebrachten Nutzen, sondern diente vielmehr als propagandistisches Schlagwort[1].

In dieser Zeit fand auch der Leistungsbegriff im Zusammenhang mit dem Wettbewerb Eingang in die Gesetzesterminologie, so in den Vorspruch der Verordnung über Wettbewerb vom 21.12.1934[3]:

> 'Um die Grundlage für einen auf Leistung und Verantwortungsbewußtsein gegründeten Wettbewerb zu schaffen ...'

Aber nicht nur zur Zeit des Werberates hat der Leistungswettbewerb daß deutsche Rechtsleben beeinflußt[4]. Auch nach Ende des zweiten Weltkrieges etwa bis zum Erlaß des GWB wurde er lebhaft diskutiert[5]. Dabei nahmen die unterschiedlichsten politischen Parteien die Forderung nach echtem, lauterem Leistungswettbewerb in ihre Programme auf.

So machte 1949 die FDP in ihrem Manifest[6] die 'soziale Leistungswirtschaft' und die 'Läuterung zu einem leistungswirtschaftlichen Gestaltwandel der Betriebsformen'[7], zu

---

1) Dornseiff Lexis Bd.1 S.18
2) Dornseiff Lexis Bd.1 S.16
3) Verordnung über Wettbewerb vom 21.12.1934RGBl 1934 I, S.1280
4) So aber Joetze S.32
5) Anders Fikentscher WuW 1961, 800 Fn.48: Diskussion über den Leistungswettbewerb erst seit 1958
6) Manifest der FDP, Abdruck bei Mommsen, Dt. Parteiprogramme, München 1952, S.166 ff. (172)
7) Durch Leistungsfreiheit zur Existenzsicherung. Heft 2 der Schriftenreihe der FDP, S.4

ihrem Ziel, denn 'Wohlstand für alle'[1] sei nur möglich, in einer auch auf dem lauteren Leistungswettbewerb aufgebauten Wirtschaftsverfassung.
Die CDU/CSU forderte 1950 in ihren Grundsätzen[2] die gesetzliche Sicherstellung des Leistungswettbewerbs; in ihrem Hamburger Programm für den 2. Bundestag nimmt sie für sich in Anspruch, durch die soziale Marktwirtschaft 'die produktiven Kräfte des Volkes von den Lähmungen der Zwangswirtschaft befreit und durch Leistungswettbewerb zur Entfaltung gebracht' zu haben[3].
Die SPD wiederum sieht in ihrem Aktionsprogramm von 1952[4] die Entfaltung der persönlichen Werte des Menschen nur im echten Leistungswettbewerb für gewährleistet an und will daher den echten Leistungswettbewerb in allen dafür geeigneten Wirtschaftszweigen fördern[5].
Der Grund für diese fortdauernde und verstärkte Propagierung des Leistungswettbewerbs mag einmal darin gelegen haben, daß die deutsche Wirtschaftspolitik nach Kriegsende auf Vorstellungen des Neoliberalismus und der Freiburger Schule um Eucken zurückgriff[6], die - man denke insbesondere an Böhm - bestrebt war, einen ihren Vorstellungen entsprechenden Leistungswettbewerb herzustellen und zu erhalten[7]. Zugleich breitete sich der Neoliberalismus nach dem

---

1) Wahlprogramm der FDP, beschlossen auf dem Bundesparteitag in Lübeck am 28. Juni 1953, Abdruck: Deutsches Handbuch der Politik S. 692 ff. (696)
2) Grundsätze der CDU/CSU Deutschlands. 1950. Abdruck: Deutsches Handbuch der Politik S.150 ff. (150)
3) Hamburger Programm für den 2. Bundestag, beschlossen am 22. April 1953, Abdruck: Deutsches Handbuch der Politik, S.582 ff.
4) Aktionsprogramm der SPD, beschlossen auf dem Dortmunder Parteitag am 28. September 1952, Abdruck: Mommsen, Deutsches Parteiprogramm der Gegenwart, München 1954, S.35 ff. (50)
5) Aktionsprogramm der SPD 1952/1954, Abdruck: Deutsches Handbuch der Politik S.622 ff. (639)
6) Haussmann BB 1954, 814
7) Arndt S.43

zweiten Weltkrieg mehr und mehr aus[1], so daß auch der Ruf nach Leistungswettbewerb immer häufiger erhoben wurde. Zum andern waren aber in den ersten Nachkriegsjahren die Gründe mitentscheidend, die Dornseiff veranlaßten, von einer Aufbauethik im Dritten Reich zu sprechen[2] und die der Abgeordnete Schäfer dahin zusammenfaßte, daß nach dem verlorenen Kriege eine ungeheure Anstrengung gemacht werden müsse, die Leistungskräfte anzutreiben und zu entfalten, um das Äußerste an Leistung zu vollbringen[3]. Neben der Ausbreitung neoliberalen Gedankengutes trug deshalb Leistungs als allgemein positiver Wertbegriff[4] ebenfalls zur Popularisierung und verstärkten Forderung nach Leistungswettbewerb bei.

So wurde der Begriff weiterhin als gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwandt, wie in der Anlage zum Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform vom 24. Juni 1948[5] unter III:

> 'Soweit der Staat den Verkehr mit Waren und Leistungen nicht regelt, ist dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs Geltung zu verschaffen. Bilden sich wirtschaftliche Monopole, so sind sie zu beseitigen und bis dahin staatlicher Aufsicht zu unterstellen. Der Entwurf eines dahingehenden deutschen Gesetzes ist im Wirtschaftsrat alsbald vorzulegen'.

Am 5.7.1949 wurde daraufhin von einem Ausschuß unter

---

1) Dörge S.111
2) Dornseiff Lexis Bd. 1 S.16
3) Schäfer in: Deutscher Bundestag, Sitzungsberichte, 1. Wahlperiode, 32. Sitzung vom 27.1.1950, S.999 (A). In diesem Zusammenhang sei auf die Bedeutung des Leistungsbegriffes im sozialistischen Wettbewerb in Mitteldeutschland hingewiesen; hierzu Arnold-Borchert-Schmidt, Ökonomik der sozialistischen Industrie in der DDR. Berlin 1959, S.366 ff.
4) Dornseiff Lexis Bd.1 S.16; Röper, Verwirklichung S.272 Fn.23
5) Gesetz- und Verordnungsblatt des Wirtschaftsrates des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1948 Nr.12 S.59

Leitung des Ministerialdirigenten Josten, dem neben anderen Sachverständigen die Professoren Böhm, Kromphardt und Pfister angehörten, ein 'Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs' (sog. Josten-Entwurf) vorgelegt, 'um dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs im Markt Geltung zu verschaffen und Volk und Staat vor Gefahren zu schützen, die Bildung und Ausübung wirtschaftlicher Macht auf dem Markte mit sich bringen können'[1].

In den folgenden Beratungen zu einem Kartellgesetz wurde der Leistungswettbewerb in der Diskussion häufig erwähnt. Der Abgeordnete Nölting sah das Ziel des GWB darin, Monopolorganisationen zu beseitigen und auf diese Weise den vollen Leistungswettbewerb herzustellen, worin 'sozusagen Teil 2 der sozialen Marktwirtschaft' erblickt werde[2]. Auch der damalige Bundeswirtschaftsminister Erhard sah die Sicherung des Leistungswettbewerbs als Ziel des GWB an[3]. Insbesondere bei den Vorschriften über die Wettbewerbsregeln stand der Leistungswettbewerb wegen der mit ihm verbundenen Ordnungsfunktion im Vordergrund. Das GWB, das den Wettbewerb entfesseln sollte, warf zugleich das Problem der Zügelung und Ordnung dieses Wettbewerbs auf. Zur Lösung dieses Problems sollten auf den Leistungswettbewerb ausgerichtete Wettbewerbsregeln beitragen[4]. So sollte nach den Vorstellungen des Wirtschaftsausschusses CDU/Rheinland § 35a GWB lauten:

> 'Wirtschafts- und Berufungsvereinigungen können nach Maßgabe ihrer Satzung bestimmte Regeln zur Sicherung des lauteren Leistungswettbewerbs (Wettbewerbsregeln) aufstellen und ihre Mitglieder zu deren Einhaltung verpflichten'[5].

---

1) Josten-Entwurf vor § 1
2) Nölting, in: Deutscher Bundestag, Sitzungsberichte, 1. Wahlperiode, 32. Sitzung vom 27.1.1950, S.983 (B); sinngemäß auch der Abgeordnete Etzel, ebd. S.991 (B/C)
3) Erhard, in: Deutscher Bundestag, Sitzungsberichte, 1. Wahlperiode, 32. Sitzung vom 27.1.1959 S.988 (B)
4) Hierzu Lieberknecht S.73 ff.
5) Zitiert Benkendorff, Korreferat S.16

Auch der Abgeordnete Illerhaus nahm im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Wettbewerbsregeln des GWB in einem eigenen Formulierungsvorschlag auf den Leistungswettbewerb Bezug[1]. In den Vorschlägen des Bundesrates zur Abänderung des Entwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde ferner eine Ergänzung dieses Entwurfes durch Schutzmaßnahmen gegen den ruinösen Wettbewerb gefordert oder ein eigenständiges Gesetz zum Schutze des Leistungswettbewerbs[2].

Im weiteren Verlauf der parlamentarischen Diskussion wurde der Begriff nicht mehr verwandt. Man war der Ansicht, daß er sich einer genauen und praktikablen Definition entziehe. Hingegen forderte die Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels noch am 15.8.1965 in ihren 'Wünschen des Einzelhandels an die Politik' die Wiederherstellung und Förderung des Leistungswettbewerbs durch ein Gesetz zum Schutze des Leistungswettbewerbs, ein Anliegen, dem das Wirtschaftsministerium abwartend gegenübersteht[3].

Aber nicht nur im Zusammenhang mit dem Entwurf eines GWB spielte der Leistungswettbewerb eine erhebliche Rolle, er sollte vielmehr nach der Vorstellung der Bundesregierung[4]

---

1) Anlage II des Protokolls Nr.175 vom 20.3.1957 des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages, zitiert Benkendorff WuW 1958, 421

2) BT-Drcks. 2.Wahlperiode Nr. 1158 Anl.2 S.79

3) MA 1965, 859; FAZ vom 28.3.1966 Nr.73 S.19; vgl. ferner die weiteren Hinweise bei Benisch, Leistungswettbewerb S.9 ff. Mit Fragen des Leistungswettbewerbs beschäftigt sich die 'Arbeitsgruppe Leistungswettbewerb', der neben den Spitzenverbänden des Handels, der Bundesverband der Dt. Industrie, der Deutsche Industrie- und Handelstag und der Markenverband angehören (FAZ vom 28.3.1966 Nr. 73 S.19)

4) Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (WirtschaftsstrafG 1954), BT-Drcks., 2. Wahlperiode Nr.478: § 3 Abs. 1: Wer vorsätzlich in befugter oder unbefugter Betätigung in einem Beruf oder Gewerbe für Gegenstände oder Leistungen des lebenswichtigen Bedarfs, für die ein wirksamer und freier Leistungswettbewerb nicht besteht, unangemessene Entgelte fordert....'

und der Fraktion der SPD[1] auch in anderen Gesetzen als Tatbestandsmerkmal Verwendung finden, wie es in § 4 des Gesetzes über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln in der Fassung vom 24. November 1951 der Fall ist[2].

Heute ist der Gebrauch des Begriffes nicht mehr auf Lehre und Rechtsprechung beschränkt, sondern er wird als Mode- und Schlagwort[3], als 'politische Formel' von breitesten Kreisen in Anspruch genommen, so daß Ohm einen Abschnitt seiner Untersuchung dem Leistungswettbewerb in der öffentlichen Meinung widmete[4].

Außerhalb Deutschlands spielt der Begriff Leistungswettbewerb nur noch in der Schweizerischen Lehre[5] eine größere Rolle, was nicht zuletzt mit der Unübersetzbarkeit des Wortes 'Leistung'[6] zusammenhängt: Soweit die Begriffe Leistungswettbewerb und Leistungsprinzip in der

---

1) Antrag der Fraktion der SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954, BT-Drcks. 2.Wahlperiode Nr.1674: §2a Abs.1 gleichlautend mit § 3 Abs.1 des Regierungsentwurfes, siehe Anm.4 S.12

2) Gesetz über den Verkehr mit Getreide- und Futtermitteln (Getreidegesetz) i.d.F. vom 24.11.1951, BGBl. 1951 I S.901: § 4 'Zur Sicherstellung einer gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Mehl und Brot und zur Beseitigung einer unwirtschaftlichen Überbesetzung kann der Bundesminister den Umfang der Vermahlung von Brotgetreide in den Mühlen regeln und die Höhe des Verarbeitungsrechtes der einzelnen Mühlenbetriebe festsetzen. Die Vermahlungsregelung muß so gestaltet sein, daß ein wirtschaftlicher Leistungswettbewerb unter den Mühlen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der verschiedenen Betriebsgrößenklassen und der einzelnen Wirtschaftsgebiete möglich ist. Ein wirtschaftlicher Leistungswettbewerb gilt nur dann als möglich, wenn das festgesetzte Verarbeitungsrecht im Rahmen der hierzu erlassenen Rechtsverordnungen um bis zu 20 v.H. überschritten werden darf'.

3) Haussmann, Neoliberalismus S.21; Joetze S.31; Junckerstorff Arch/WbR 1937, 169

4) Ohm, Definitionen S.241 ff.

5) Für Österreich vgl. Hohenecker-Friedl S.16

6) Dornseiff Lexis Bd.1 S.16

französischsprachigen schweizerischen Literatur verwandt werden, sind sie einseitig mit 'concurrence d'action', 'principe d'action'[1] oder 'principe d'équivalence'[2] übersetzt, wenn nicht überhaupt die deutschen Ausdrücke beibehalten werden[3]. Auch mag die Beschränkung auf den deutschsprachigen Kulturkreis auf die enge Verwandtschaft des Begriffes mit dem deutschen Wettbewerbsrecht, insbesondere dem UWG, zurückzuführen sein[4].
In die schweizerische Lehre wurde der Begriff von O.A. Germann eingeführt[5], einem der hervorragendsten Vertreter des Leistungswettbewerbs in der Schweiz überhaupt[6]. Später findet er sich bei den Gesetzesvorarbeiten zum schweizerischen UWG vom 30. September 1943[7]. Anders als in Deutschland wird aber der Begriff von der schweizerischen Rechtsprechung nicht verwandt, obwohl einige Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes sachlich mit dem Leistungswettbewerb in Zusammenhang gebracht werden[8].

In der anglo-amerikanischen Wirtschaftswissenschaft soll workable oder effective competition dem Leistungswettbewerb vergleichbar sein[9].

---

1) Grisel S.168; Perrin S.97 ff., 111; Wagen S.97
2) Wagen, S.97 ff.
3) z.B. Perrin S.97 ff.
4) Ohm, Definitionen S.249 Fn. 22
5) Sprüngli S.147
6) Germann, Bona fides S.80 ff.
7) Niederhauser, in: Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 53. Jg., Bern 1943, S.114; Gysler, ebd., S.121; Walder, ebd., S.119; Bally, in: Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 53. Jg., Bern 1943, S.27, 35; Haefelin, ebd. S.35
8) z.B. BGE vom 17. September 1946, BGE 72 II 392 (393 f.)
9) Heuss S.267 Anm.4; Ohm, Definitionen S.249 Fn.22; BKA-TB 1965 S.18 Fn.1 setzt wiederum workable competition dem 'wesentlichen Wettbewerb' i.S.v. § 22 GWB gleich.

Das Konzept des workable competition entstammt der amerikanischen Wirtschaftslehre[1] und liegt der amerikanischen Anti-Trust-Politik zugrunde[2]. Dieser 'durchführbare' Wettbewerb wird als Kompromiß zu der Alternative von absolut freiem Wettbewerb und absolutem Monopol aufgefaßt[3]. Mit seiner Realisierung wird kein vollkommener Wettbewerb auf einem vollkommenen Markt angestrebt, sondern ein praktikabler Wettbewerb auf einem Markt mit unterschiedlich großen Unternehmen und mehr oder minder starkem Wettbewerb, der aufrechterhalten oder wiederhergestellt werden soll. Dieser Zielsetzung entsprechend, ist der Begriff des workable competition vielschichtig[5] und in seinen Einzelheiten ebenso wenig geklärt, wie der des Leistungswettbewerbs. Es sei daher nur auf die Hauptkennzeichen dieses Konzeptes hingewiesen: Leichter Zugang zum Markt für neue Wettbewerber, Vorhandensein einer Mehrheit von Kunden und Anbietern, flexible Preise und die Möglichkeit für die am Markt beteiligten Unternehmen, sich dort zu halten und zu vergrößern[4].

---

1) Neale, The Antitrust Laws of the USA, Cambridge 1966, S. 485 ff.
2) Kahrs, Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, Baden-Baden 1965, S.92 f. m.w.N.
3) Fikentscher, Die neuere Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts und der dt. Kartellentwurf, ZHR Bd. 117 (1955), S.15 m.w.N.
4) Kahrs aaO S.93 m.w.N.
5) Neale S.485 ff. m.w.N.

2. Abschnitt

Der Begriff 'Leistungswettbewerb' als Interpretationshilfe in der Rechtswissenschaft.

1. In der Rechtswissenschaft wird der Begriff bereits in der verfassungsrechtlichen Diskussion verwandt. Der Leistungswettbewerb soll danach ein verfassungsrechtliches Grundelement sein, ohne das ein Funktionieren der Marktwirtschaft nicht möglich ist[1]. Art.2 Abs.1 GG gewähre dem einzelnen das Recht, 'sich durch freie Leistungskonkurrenz auf dem Markt gegenüber anderer Unternehmen durchzusetzen'[2]. Weitergehend meinen Nipperdey und ihm folgend Günther, daß Art.2 Abs.1 GG überhaupt nur den Leistungswettbewerb gestatte[3], nicht aber den leistungsverfälschenden, d.h. den eigentlich unlauteren Wettbewerb und nicht den Behinderungswettbewerb durch Sperre und Boykott.

2. Der Leistungswettbewerb soll weiter dem gesamten Wettbewerbsrecht zugrunde liegen[4] und seine Förderung die Zielsetzung des UWG und GWB sein[5]. Ferner wird er als Schutzobjekt und damit als geschütztes Rechtsgut des UWG[6]

---

1) Nipperdey DRZ 1950, 196
2) Huber DÖV 1956, 137; Maunz-Dürig Art.2 I Rdnr.48
3) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S.38; Günther MA 1954, 350
4) OLG Stuttgart vom 28.12.1954 WuW/E OLG 87 - Elektroinnung -
5) Brinkmann S.89; Möhring WuW 1954, 389; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.904; BGH vom 17.5.1965 WuW/E BGH 667 (672); BKA-TB 1965 S.18
6) Bierling S.102; Isay NJW 1955, 364; Lampert S.113; Schlüter S.63; Hanseatisches OLG vom 30.8.1962 WRP 1962, 399 - Kundenberatungsdienst; für das schweizerische Recht: Jossi S.24;

und GWB[1] angesehen.

Als Rechtsgut, also als Gut, dessen Wert von der Rechtsordnung anerkannt und des Schutzes der Rechtsordnung teilhaftig wird[2], würde der Leistungswettbewerb dann nicht nur der Erkenntnis eines speziellen Rechtssatzes dienen und so die Gesetzesauslegung beeinflussen, sondern er wäre auch zur Lückenausfüllung unzulänglicher gesetzlicher Regelung wie der Verweisungslücken in Gestalt der Generalklauseln heranzuziehen.

a) Eine in der Literatur verbreitete Meinung will an Hand des Leistungswettbewerbs feststellen, ob eine Wettbewerbshandlung den 'guten Sitten' in § 1 UWG entspricht oder nicht[3], sei es, daß der Leistungswettbewerb stets für erlaubt gehalten wird, oder aber, daß er wenigstens in

---

1) Ebisch § 2a Anm.5; Griesbach BB 1962, 1013, 1015; Grosse WuW 1956, 222; Isay NJW 1955, 364; Bundesregierung in: BT-Drcks., 2. Wahlperiode, Nr.1158 S.80; Erhard, Sitzungsberichte des deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode, S.988 (B); BGH vom 17.5.1965 WuW/E BGH 667 (672) - rechtselbische Zementpreise IV - ; nach Sölter, Preiswettbewerb S.193 bereits herrschende Meinung; a.A. Biedenkopf S.176; Sölter, Preiswettbewerb S.194;

2) Eingehend zur Frage des Rechtsgutes allgemein: Schluep S.385 ff.

3) Joetze S.31, '... kennzeichnet man den Inhalt des Sittenbegriffes in § 1 UWG heute meist mit dem Schlagwort vom Leistungswettbewerb'; Ilau, Wettbewerbsregeln S.6, 7; Keins S.11; Laufke Sp.1145; die uneingeschränkte und ausschließliche Verwendung des Leistungswettbewerbs oder Leistungsprinzips zur Abgrenzung von lauterem und unlauterem Wettbewerb wurde und wird in der Literatur nicht vertreten. Als Richtschnur, Leitbild, Indiz, heuristisches Prinzip für den lauteren Wettbewerb halten den Leistungswettbewerb: Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Rdnr. 72; Hefermehl S.52; Bierling S.101 f.; Böhm, Wettbewerb S.133 ff.; BKA Beschluß vom 30.12.1960 WuW/E BKartA 304 - Ziehereien und Kaltwalzwerke, wonach angeblich die h.M. im Schrifttum zum UWG das Leistungsprinzip als Indiz für die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung ansieht; Elster S.1 ff.; Gablers Lexikon, Stichwort 'Leistungswettbewerb'; Friese, Die nationale Wirtschaft 1934, 48; Freiberger S.48; Gütebier JW 1934, 1092; Henner S.32; Herber S.138; Hubmann § 49 IV, S.241 f.; Kaminski, Lichttechnik 1954, 311; Kühner S.54; Kunze S.23;

Zweifelsfällen als Richtschnur zur Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen Wettbewerb dienen soll. Hierbei handelt es sich um den bereits auf Lobe zurückgehenden Versuch[1], die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung vom Sinngehalt des Wettbewerbs her zu beurteilen[2]. Ausgangspunkt ist die Ansicht, das UWG diene dem Schutz des Wettbewerbs[3] und der Richter habe die vorgefundene Wettbewerbsordnung zu schützen, indem er bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung Wesen und Sinn des Wettbewerbs in der jeweiligen Wirtschaftsordnung berücksichtige: Die 'guten Sitten' in § 1 UWG seien funktionsbezogen[4] zu verstehen und die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals habe sich am wirtschaftlichen Wettbewerb zu orientieren. Da dem Wettbewerb seinerseits das Leistungsprinzip innewohne[5], seien dem Leistungsprinzip entsprechende und somit zum

---

Meyer-Cording JZ 1964, 311; Rinck, Gute Sitten S.172 f.; ders., Wirtschaftsrecht Rdnr.904; Tetzner, Vorbemerkung 3 S.16 Fn.5; Wilde MA 1956, 509;
a.A. Joetze S.34; Reimann WuW 1957, 622; Rudloff-Blochwitz S.206; Völp WRP 1957, 356; Willeke S.169, 172;
undeutlich: Fikentscher, Wettbewerb S.7: Die Unterscheidung von Leistungs- und Behinderungswettbewerb sei nicht immer ein zutreffendes Kriterium; ders., S.116: '...,daß eine Wettbewerbshandlung, die gegen das Leistungsprinzip verstößt, grundsätzlich unlauter, weil wettbewerbsfremd ist'; ders. aber S.117: Die Aufgabe Recht vom Unrecht im Wettbewerb zu unterscheiden, falle nicht dem Leistungsprinzip zu.

1) Lobe S.7 f.
2) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm.69; ders., 8.Aufl., § 28 GWB Anm.10; v. Castelberg S.82 f.; Elster S.1; Germann ZBJV 72 (1936) S.60/61; Kunze S.8 m.w.N.; Nipperdey, Wettbewerb S.16; Rinck, Gute Sitten S.165; Ulmer S.11 f.
3) Nachweise bei Rinck, Gute Sitten S.163
4) Kellermann WuW 1965, 559; Kunze S.8; Rinck, Gute Sitten S.163 m.w.N.
5) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Rdnr.69; Elster S.1 f.; Hefermehl S.52; aus der schweiz. Literatur v. Büren ZBJV 82 (1946), 323 Anm.3; v. Castelberg S.83; Germann, Bona fides S.80; ders., Kommentar S.248, 250; Grimmlinger S.55; Meister S.37 f.

Leistungswettbewerb gehörige Handlungen[1] erlaubt; jedenfalls sei in zweifelhaften Fällen pro Leistungswettbewerb zu entscheiden, also keine Verletzung der guten Sitten anzunehmen. Verletze hingegen eine Wettbewerbshandlung die 'immanenten Schranken des jeweiligen Wettbewerbs'[2] im wirtschaftlichen Wettbewerb also das Leistungsprinzip, so sei sie wettbewerbsfremd und damit unlauter.

Bei dieser Ansicht, die die guten Sitten aus dem Sinn des Wettbewerbs zu konkretisieren versucht und damit zugleich den von der herrschenden Meinung ethisch verstandenen Sittenbegriff[3] unter Heranziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte objektiviert[4], erhalten auch Ausdrücke wie 'wettbewerbseigen'[5], 'wettbewerbsfremd'[6], 'wettbewerbswidrig'[7] eine sachliche Bedeutung und dienen nicht nur als Worthülsen zur Bezeichnung des erlaubten oder unerlaubten Wettbewerbs wie es häufig den Anschein hat.

Hauptsächlich im Zusammenhang mit § 1 UWG verwendet auch die Rechtsprechung den Begriff. Die ausführlichste Erörterung findet sich in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 18.12.1931[8]. Hier wird im Zusammenhang mit der Frage nach dem Zweck einer Preisunterbietung, der bei der Beurteilung der Wettbewerbshandlung zu berücksichtigen sei, auf die von Nipperdey getroffene Unterscheidung in Leistungs- und Behinderungswettbewerb eingegangen. Bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit aber legte das Urteil kein entscheidendes Gewicht auf die Einordnung der betreffenden

---

1) LG Frankfurt/M. vom 12.2.1960 WRP 1960, 74 ff.
2) Kunze S.14
3) Nachweise bei Rinck, Gute Sitten S.169
4) Rinck, Gute Sitten S.168 m.w.N.
5) z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Rdnr.61; BGH vom 26.2.1965 DB 1965, 737
6) z.B. Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.82; BGH vom 21.11.1953 LM Nr.15 zu § 1 UWG - Innungsboykott
7) z.B. Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.154; BGH vom 30.10.1962 LM Nr.134 zu § 1 UWG - GWA
8) RGZ 134, 342 ff. - Benzinkampf

Wettbewerbshandlung als Behinderungswettbewerb, sondern es hielt den Vernichtungszweck, "... aber auch die zur Zeit in unserem ganzen Volk herrschende ungeheure wirtschaftliche Not"[1] für ausschlaggebend. Im Rahmen der damaligen Verhältnisse könne es unmöglich mit der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden vereinbart werden, daß ein auf gesunder wirtschaftlicher Grundlage aufgebauter kaufmännischer Betrieb von einer wirtschaftlich übermächtigen Gruppe vor die Wahl gestellt werde, entweder vernichtet zu werden oder seine Preise anzupassen. Letztlich hat daher das Reichsgericht die Einteilung Nipperdeys in Leistungs- und Behinderungswettbewerb zwar anerkannt, hieraus aber keine Folgerung für die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung gezogen. Es kann daher allenfalls von einer bedingten Anwendung der Grundsätze Nipperdeys durch die Rechtsprechung gesprochen werden[2], zumal spätere Urteile den Begriff Leistungswettbewerb nur noch als unverbindliches Orientierungsmittel verwenden, wie es insbesondere die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 7.10.1958 zeigt:

> 'Mag es auch dem Wesen des freien Leistungswettbewerbs entsprechen, daß der Wettbewerber - zumindest in erster Linie - mit der Güte und der Preiswürdigkeit seiner Waren und gewerblichen Leistungen wirbt, so kann doch keineswegs schlechthin jede Werbung, die mit anderen Mitteln auf den Kaufentschluß des Kunden Einfluß nimmt, als unlauter bezeichnet werden'[3].

Die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit einer Wettbewerbshandlung zum Leistungswettbewerb ist deshalb für die Rechtsprechung von untergeordneter Bedeutung, wenngleich gelegentlich festgestellt wird, der Leistungswettbewerb

---

1) RGZ 134, 356
2) Kunze S.1 f.: Lippenbekenntnis des Reichsgerichts; Herber S.32
3) BGH vom 7.10.1958 LM Nr.71 zu § 1 UWG - Ital. Note

werde nur dann zulässig, wenn er durch Hinzutreten besonderer Merkmale den Charakter des echten Leistungswettbewerbs verliert[1]. Auch hebt der Bundesgerichtshof mehrfach den 'lauteren Leistungswettbewerb' hervor[2]. Aus dem Zusammenhang aber läßt sich nicht entnehmen, ob es daneben auch einen unlauteren Leistungswettbewerb geben soll, oder Leistungswettbewerb stets lauter ist und es sich bei dem 'lauteren Leistungswettbewerb' lediglich um eine Tautologie handelt.
Der Schluß liegt daher nahe, daß der Begriff verwendet wird, um eine Verurteilung mit dem Tenor 'Verstoß gegen die guten Sitten' zu vermeiden, wegen der damit verbundenen Qualifizierung eines Wettbewerbsverhaltens mit einem ethischen Makel[3]. Dem diskriminierenden, moralischen Unwerturteil soll terminologisch abgeholfen werden, wie dies auch bei der Umschreibung einer Wettbewerbshandlung als wettbewerbsfremd, wettbewerbswidrig und ähnlichem der Fall ist. Die Handlung wird als lauter oder unlauter bewertet, wobei dann im Urteil eine unlautere Wettbewerbshandlung als 'den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs widersprechend' umschrieben wird. Der Begriff Leistungswettbewerb bietet sich hierfür besonders an, weil 'Leistung' sowohl einen objektiv erfaßbaren Zustand bezeichnet, als auch den Anschein einer sittlichen Forderung erweckt[4], durch seine Mehrdeutigkeit also der Tendenz zur Objektivierung des Sittenbegriffes in § 1 UWG entspricht und doch zugleich ein ethisches Werturteil über die Wettbewerbshandlung

---

1) RG vom 25.1.1935 MuW 1935, 182 (185)
2) BGH vom 21.5.1965 BB 1965, 761 - Kleenex; BGH vom 11.11.1958 LM Nr.77 zu § 1 UWG - Künstlerpostkarten - ; BGH vom 17.12.1952 WuW/E BGH 38 - Werbeauftrag
3) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.52; Gieseke GRUR 1950, 309; Reimer 74. Kap. Rdnr.6 m.w.N.; Rinck, Gute Sitten S.161 m.w.N.; Tetzner § 1 Anm.59; RG Großer Zivilsenat vom 13.3.1936 RGZ 150, 1 (5)
4) Peter S.24, 49

zu fällen scheint, wie es bei § 1 UWG noch überwiegend für erforderlich gehalten wird[1].

b) Im GWB soll § 1 den Leistungswettbewerb schützen[2], wie auch alle Beschränkungen des Leistungswettbewerbs geeignet sein sollen, die Marktverhältnisse zu beeinflussen[3]. Gelegentlich wird das Tatbestandsmerkmal 'Wettbewerb' in § 1 GWB nahezu mit dem Leistungswettbewerb identifiziert, z.B. bei Müller-Henneberg: 'Handlungen, ... die ... die Vorteilhaftigkeit des eigenen Angebotes ... lediglich demonstrieren, nicht jedoch wirklich bestimmen, fallen nicht unter den Begriff des Leistungswettbewerbs und damit des Wettbewerbs im Sinne des § 1 KartG'[4].

Ferner soll an Hand des Leistungswettbewerbs festgestellt werden, ob bestimmte Wettbewerbsregeln einem Verhalten im Wettbewerb entgegenwirken, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderläuft (§ 28 Abs.2, 1. Alt. GWB), oder ob diese Regeln den Zweck haben, ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten anzuregen (§ 28 Abs. 2, 2. Alt. GWB)[5].
Überhaupt soll Wettbewerbsregeln die Aufgabe zukommen, den Leistungswettbewerb zu fördern[6].

---

1) Rinck, Gute Sitten S.169 mit zahlr. Nachweisen
2) BKA-TB 1959, 9; BGH vom 17.5.1965 WuW/E BGH 667 - Rechtselbische Zementpreise IV -; BGH vom 23.9. 1955 WuW/E 118 (121); BGH vom 16.3.1954 WuW/E BGH 65 (69) - Warenkredit
3) BKA-TB 1959, 8
4) Müller-Henneberg, Gemeinschaftskomm. 1.Aufl., § 1 Rdnr. 23; dagegen Biedenkopf S.176
5) Baumbach-Hefermehl 8.Aufl. VI § 28 GWB Rdnr.10, 20; Lieberknecht S.68 ff.; Rauschenbach S.143, 147; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.902 ff.; 'Kooperationsfibel' des BWM vom 29.10.1963 WuW/E BWM 119-134 (133 f.); Beschluß des BKA vom 30.12.1960 WuW/E BKartA 301-312 - Ziehereien und Kaltwalzwerke; BKA-TB 1964, 42
6) Franzen, Gemeinschaftskomm. § 28 Rdnr.19; BKA-TB 1960, 56; BKA-TB 1965, 14; Kooperationsfibel (siehe vorige Fn.)

Auch hier handelt es sich letztlich um die oben unter Ziffer 2a dargelegte Auffassung, wonach der Leistungswettbewerb zur Abgrenzung des lauteren vom unlauteren Wettbewerb dient. Sind im GWB die von ihm nicht näher erläuterten Voraussetzungen 'Grundsätze des lauteren Wettbewerbs' im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu verstehen, also als Wettbewerb, der nicht gegen die guten Sitten des § 1 UWG verstößt[1], so kann der Begriff Leistungswettbewerb auch hier als das maßgebende Leitbild für die inhaltliche Gestaltung von Wettbewerbsregeln angesehen werden[2], vorausgesetzt, der Leistungswettbewerb stellt ein taugliches Abgrenzungskriterium des lauteren vom unlauteren Wettbewerb im Sinne des § 1 UWG dar. Er könnte dann insbesondere zur Beurteilung von Wettbewerbsregeln herangezogen werden, die sich auf den Bereich der sogenannten grauen Zone erstrecken.

Vor allem das Bundeskartellamt mißt dem Begriff Leistungswettbewerb Bedeutung für die Vorschriften über die Wettbewerbsregeln bei. Es geht davon aus, daß nach herrschender Meinung die Sittenwidrigkeit im UWG 'regelmäßig und in gewissem Grade' durch die Feststellung indiziert werde, ob und inwieweit Wettbewerbshandlungen dem Leistungsprinzip als dem Sinngehalt wirtschaftlichen Wettbewerbs widersprechen. Auch bei der Beurteilung von Wettbewerbsregeln nach § 28 Abs.2 GWB sei daher von einer Übereinstimmung zwischen den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs und denen des Leistungswettbewerbs auszugehen[3].

---

1) Baumbach Hefermehl 8.Aufl. VI § 28 GWB Rdnr.11 ff.; BKA-TB 1960, 56, 58; BKA-TB 1959, 50; BKA BB 1964, 659; Beschluß des BKA vom 30.12.1960 (s. Fn.5 S.22); einschränkend Benkendorff WuW 1958, 416 (420 ff.)
2) Baumbach-Hefermehl 8.Aufl. VI § 28 GWB Rdnr.10; BKA-TB 1963, 53
3) BKA-TB 1960, 56, 58; BKA vom 14.5.1964 WuW/E BKartA 813 (815) - Bauindustrie II

Obwohl das Bundeskartellamt im gleichen Zusammenhang ausführt, daß es keine allgemein anerkannte Definition des Begriffes Leistungswettbewerb gibt, der überdies mehrdeutig sei und 'in der Rechtsanwendung weitgehend vom Sinn und Zweck der Einzelnormen' abhänge, meint es ihn dennoch in seinem wettbewerblichen Wesensgehalt soweit erfassen zu können, daß er bei der Beurteilung von Wettbewerbsregeln nach §§ 28, 31 GWB einen brauchbaren Maßstab abgeben könne. Ohne jedoch den Leistungswettbewerb im Hinblick auf Sinn und Zweck der §§ 28, 31 GWB näher zu erläutern, legt das Bundeskartellamt zur Entscheidung konkreter Rechtsfragen diesen Begriff zugrunde, dessen Mehrdeutigkeit es selbst hervorhebt und über dessen Inhalt, wie auch Günther[1] zutreffend betont, scheinbar unlösbare Gegensätze bestanden und noch bestehen.

3. Beeinträchtigungen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes eines Konkurrenten werden als sozialadäquat und somit entweder als nicht tatbestandsmäßige Eingriffe im Sinne von § 823 Abs.1 BGB angesehen, oder die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigungen verneint, solange sich die Eingriffe im Rahmen des Leistungswettbewerbs halten[2].

Die schweizerische Rechtswissenschaft verwendet den Begriff allein im Zusammenhang mit Art.1 des schweizerischen

---

1) Günther MA 1954, 348
2) Herber S.84 f.; Hubmann S.148 f.; Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S.39; ders., Wirtschaftsverfassung S.14; Nipperdey-Wiese S.883; Enneccerus-Nipperdey § 72 I 3 b a.E., § 209 V

UWG[1]. In der schweizerischen Rechtsprechung wird der Begriff nicht verwandt[2].

3. Abschnitt

Vorschläge zur Verwendung des Begriffes 'Leistungswettbewerb' de lege ferenda

§ 1 UWG wurde verschiedentlich für reformbedürftig gehalten: Die Generalklausel werde dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nicht gerecht, da im Einzelfall die richterliche Entscheidung nicht vorauszusehen sei[3]; überdies enthalte eine Verurteilung nach § 1 UWG auch den diffamierenden Vorwurf des sittenwidrigen Handelns und sei daher unnötig scharf[4]. Schließlich unterbinde die Generalklausel auch den wirtschaftspolitisch unerwünschten Wettbewerb nicht in dem erforderlichen Maße. Schon frühzeitig ist daher an eine Reform des Wettbewerbsrechts gedacht worden, wobei nach dem zweiten Weltkrieg mehrfach Vorschläge zu einer Neufassung des § 1 UWG gemacht wurden, die auf den Leistungswettbewerb abstellen.

---

1) Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30.9.1943, BS Bd.2 S.951
Als Abgrenzungskriterium sehen den Leistungswettbewerb an: v. Büren, Kommentar, Allgemeines Rdnr.24; v. Castelberg S.83; Germann ZBJV 72 (1936), S.64; Grimmlinger S.41 (bezogen auf die Werbung); Meister S.84; Naegeli S.184; Wolfer S.56; Wydler S.8; a.A. Matter ZBJV 87 (1951), 463; Perrin S.114; Sprüngli S.149; Wagen S.89; Wolf S.47;

2) s.o.S.14

3) Ein heute nicht mehr zutreffender Einwand, da die Generalklausel weitgehend konkretisiert und in typische Fallgruppen aufgefächert ist; dazu die Übersichten bei Baumbach-Hefermehl § 1 UWG a.A., sowie Reimer vor Kap. 74; a.A. Möhring WuW 1954, 389 f.

4) Nachweise bei Rinck, Gute Sitten, S.168 f.

So befürwortete Ilau eine Ergänzung des § 1 UWG durch einen Absatz 2:

> 'Einen Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz gibt auch ein Verhalten, das unter Verstoß gegen die Regeln des Leistungswettbewerbs auf Vernichtung, Verdrängung oder Willensbeugung von Wettbewerbern gerichtet ist'[1].

Bierling will die Generalklausel folgendermaßen fassen:

> 'Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dient der Aufrechterhaltung der gerechten Ordnung eines auf Leistung und Verantwortungsbewußtsein gegründeten Wettbewerbs, dessen Funktion es ist, im Interesse und zum Wohle der Gesamtwirtschaft aufgrund der eigenen, ehrlichen wirtschaftlichen Leistung des einzelnen wirtschaftliche Höchstleistungen hervorzubringen und der Auslese der Tüchtigsten zu dienen.
>
> § 1 (I) Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einer ordnungsmäßigen Funktion des Wettbewerbs zuwiderlaufende Handlungen vornimmt, durch die der Mitbewerber in seiner gewerblichen Betätigung beeinträchtigt wird, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.
>
> (II) Gegen die ordnungsmäßige Funktion des Wettbewerbs verstößt insbesondere, wer
>
> 1. die Wahrheitspflicht verletzt oder sonst irreführende Angaben macht oder auf andere Weise gegen den Grundsatz der ehrlichen, eigenen wirtschaftlichen Leistung im Wettbewerb verstößt, oder
> 2. bei seiner Preisgestaltung den Grundsatz einer ordnungsmäßigen betriebswirtschaftlichen Kalkulation außer Acht läßt'[2].

---

1) Ilau, Wege zur Sicherung, S.208
2) Bierling S.125

Dabei setzt Bierling ausdrücklich die 'ordnungsmäßige Funktion des Wettbewerbs' den 'Grundsätzen des Leistungswettbewerbs' gleich[1].

In diesem Zusammenhang ist auch § 20 des sog. Böhm-Entwurfes zu erwähnen:

§ 20

Unerlaubter Wirtschaftskampf

'(I) Wer unter Ausnutzung einer eigenen oder fremden wirtschaftlichen Machtstellung im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs oder der Ausübung von Zwang Handlungen vornimmt oder veranlaßt, die gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

(II) Eine gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs verstoßende Handlung im Sinne von Abs.I liegt insbesondere vor, wenn jemand einen anderen

1. von einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, ausschließt oder abdrängt, indem er Abschlüsse mit ihm entweder ablehnt oder nur zu ungünstigen Bedingungen einzugehen bereit ist, oder andere veranlaßt, so zu verfahren,

2. planmäßig mit Verlustpreisen unterbietet oder andere zur Verlustpreisunterbietung veranlaßt. Ein Verlustpreis liegt auch vor, wenn bei der Preisstellung für eine unter mehreren von dem Unterbietenden in den Verkehr gebrachten Waren oder Leistungen die Gemeinkosten nicht in einer den Grundsätzen ordnungsmäßiger kaufmännischer Kalkulation entsprechenden Weise in Ansatz gebracht sind.

---

1) Bierling S.108

(III) Handeln mehrere zur Durchführung einer gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs verstoßende Handlung zusammen, so haften sie als Gemeinschuldner'[1].

Schließlich hält auch Grosse eine Ergänzung des § 1 UWG für notwendig, wobei 'neben das Postulat des freien Wettbewerbs das Postulat des Leistungswettbewerbs zu treten habe[2].

4. Abschnitt

Kritische Bestandsaufnahme der zum Leistungswettbewerb vertretenen Ansichten

I. Die bisherigen Definitionen.

Die Definitionen und Begriffsabgrenzungen des Leistungswettbewerbs erschöpfen sich im wesentlichen in Kurzfassungen und schlagwortartigen Hervorhebungen einzelner Aspekte. Zahlreiche nichtssagende Begriffsbestimmungen machen dabei deutlich, wie weit der ursprünglich wissenschaftliche Begriff in das Bewußtsein der Öffentlichkeit eingedrungen ist und hier - mit allgemeinen positiven Vorstellungen verknüpft - als bloßes Motto dient. Aus den überaus zahlreichen Definitionen[3] seien im folgenden eine Anzahl als Beispiele zusammengestellt:
Während Junckerstorff den Leistungswettbewerb verwirklich sieht, wenn die 'beste Ware zum billigsten Preis[4] angeboten

---

1) Antrag der Abgeordneten Böhm, Dresbach, Ruf und Genossen betr. Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. BT-Drcks., 2. Wahlperiode Nr.1269. Abdruck WuW 1955, 319 ff.
2) Grosse, Der deutsche Handel, Oktober 1954 S.1
3) Außer den im folgenden Genannten z.B.: Bock BB 1958, 960; Günther MA 1954, 347; Kraft S.234 f.; Krawielicki S.20; Reinhardt, Leistungswettbewerb S.385; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.904; Tetzner Kommentar § 1 Anm.41
4) Junckerstorff ArchWbR 1937, 172

wird, ist nach Rasch Leistungswettbewerb der

> 'Wettbewerbskampf durch sachliche Leistung des Unternehmers mit Bezug auf Preis, Qualität, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen'[1],

und ähnlich sieht das Bundeskartellamt in einem echten, wahren, unverfälschten Leistungswettbewerb einen Wettbewerb,

> 'in dem die Wettbewerber ihre eigene, sachliche Leistung anbieten und zum Vergleich stellen'[2].

Sölter nimmt in seine Definition auf, für wen eine Leistung vorliegen müsse, stellt jedoch ebenfalls nicht klar, was man im einzelnen unter Leistung zu verstehen habe und wer über das Vorliegen einer Leistung zu entscheiden hätte. Er geht vom Ergebnis des Leistungswettbewerbs aus, wenn er ihn dahin definiert,

> 'daß ausschließlich die bessere Leistung (für den Konsumenten) bzw. - wie zum Beispiel im Falle einer schwachen Marktposition des Anbieters - auch seine Leistung voll zum Zuge kommt'[3].

Griesbach klammert aus dem Begriff von vornherein sittenwidrige Handlungen aus und bezieht den Leistungswettbewerb nur auf das GWB als einen

> 'Wettbewerb in dem sich selbständige Anbieter oder Nachfrager wechselseitig beeinflussen, indem sie Kunden oder Lieferanten dadurch zu gewinnen oder zu erhalten suchen, daß sie diesen eine ihren Mitbewerbern überlegene oder mindestens gleichwertige Leistung anbieten, ohne dabei ungesetzlich sittenwidrig oder unter Ausnutzung wirtschaftlicher Macht zu Lasten der Mitbewerber, Lieferanten oder Kunden zu handeln'[4].

---

1) Rasch, Kommentar S.36
2) BKA vom 30.12.1960 WuW/E BKartA 301 (305) - Ziehereien und Kaltwalzwerke
3) Sölter, Preiswettbewerb S.194
4) Griesbach BB 1962, 1015

Auch Röper nimmt sittenwidrige Wettbewerbshandlungen aus seiner Definition des Leistungswettbewerbs aus, den er ebenfalls nur im Hinblick auf das GWB definiert:

> 'Im wirtschaftlichen Wettbewerb der Unternehmen beeinflussen sich wirtschaftlich und rechtlich selbständige Anbieter oder Nachfrager wechselseitig, indem sie einen für sie optimalen Kunden- oder Lieferantenkreis dadurch zu gewinnen und zu erhalten suchen, daß sie diesem eine ihren Mitbewerbern überlegene oder gleichwertige Leistung anbieten. Wenn dieser Wettbewerb weder mit ungesetzlichen noch sittenwidrigen Mitteln oder aus solchen Motiven betrieben wird, wobei eine übermäßige Ausnutzung wirtschaftlicher Macht zu Lasten der Mitbewerber, Lieferanten und Kunden als sittenwidrig anzusehen ist, handelt es sich grundsätzlich um einen im Sinne des GWB schutzwürdigen Wettbewerb, um Leistungswettbewerb'[1].

Wie bei Griesbach muß es sich auch bei Röper um eine den Mitbewerbern überlegene oder mindestens gleichwertige Leistung handeln, mit der Wettbewerb betrieben wird. Das Anbieten einer 'Leistung' für sich allein reicht also noch nicht aus, um das Vorliegen von Leistungswettbewerb zu bejahen: ob Leistungswettbewerb betrieben wird oder nicht, muß vielmehr erst an Hand eines Vergleiches mit den Leistungen der übrigen Mitbewerber festgestellt werden.

Fikentscher stellt auf den allgemeinen wirtschaftlichen Fortschritt ab:

> 'Erscheint die Wettbewerbshandlung in Anbetracht ihrer Wirkungen auf Mitbewerber und Kunden und unter Berücksichtigung der dahinterstehenden Leistung des Handelnden dem allgemeinen wirtschaftlichen

---

1) Röper, Verwirklichung S.289

> Fortschritt gemäß, so handelt es sich um Leistungswettbewerb'[1].

Auch hier ist eine Leistung des Wettbewerbers nur Anknüpfungspunkt für die Feststellung, ob Leistungswettbewerb vorliegt. Entscheidend ist aber eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung, wobei auf ähnlich unbestimmte Begriffe zurückgegriffen wird, wie der des Leistungswettbewerbs selbst; die Wettbewerbshandlung müsse dem 'allgemeinen wirtschaftlichen Fortschritt' gemäß 'erscheinen' und dabei die Leistung des Handelnden 'berücksichtigt' werden. Damit wird der Begriff wesentlich dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften zugeordnet, denn nur von hier ließen sich allenfalls Kriterien dafür finden, wann im Einzelfall eine Wettbewerbshandlung dem allgemeinen wirtschaftlichen Fortschritt gemäß erscheint. Hier deutet sich die Gefahr an, daß das Urteil über das Vorliegen von Leistungs- oder Nichtleistungswettbewerb letztlich auf Grund wirtschaftswissenschaftlicher Lehrmeinungen über die Vor- und Nachteile eines bestimmten Wettbewerbs gefällt wird.

Noch umfassender definiert schließlich Herber die 'eigentliche Leistung' im Wettbewerbsverhältnis:

> 'als (gesamtwirtschaftlich nützliche) Leistung ist eine Erstellung oder Verteilung von Bedarfsgegenständen (= Erhöhung des Sozialproduktes) unter möglichst weitgehender Geringhaltung des Aufwandes - welcher sich zahlenmäßig in den Kosten ausdrückt - im Rahmen der für alle Gewerbetreibenden geltenden, sich aus den Regeln der Gesellschaftsordnung ergebenden Schranken für die Aufwandsverminderung zu verstehen'[2].

Auch Herber sieht von der Marktgegenseite ab und geht von einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung der Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs aus. Ein funktionsfähiger

1) Fikentscher, Wettbewerb S.116
2) Herber S.44

Betrieb dürfe auf Grund des Interesses der Gesamtheit an seiner Erhaltung nur von dem Unternehmer geschädigt werden, 'der die dem freien Unternehmer zukommende Aufgabe einer Leistung im ökonomisch-technischen Sinne im Verhältnis zu den Konkurrenten zumindest gleichwertig erfüllt'[1]. Da sich diese Leistungsfähigkeit in den Kosten der Produkterstellung niederschlagen soll, greift Herber letztlich auf die betriebswirtschaftliche Kostenrechnung zurück, die - wie zu zeigen sein wird - für die Rechtswissenschaft nicht ausschlaggebend sein kann.

II. Überblick über die unterschiedlichen Betrachtungsweisen des Leistungswettbewerbs.

Über den Leistungswettbewerb bestehen weitgehende Unstimmigkeiten mit Ausnahme allgemeinster Gesichtspunkte. Wettbewerb mit der Güte und Preiswürdigkeit einer Ware wird allgemein als Leistungswettbewerb angesehen[2]. Fragen aber nach dem Verhältnis von Leistungswettbewerb und Werbung[3], seinem Verhältnis zur Preisunterbietung in der Absicht, einen Mitbewerber zu schädigen[4], oder zur Förderung des Warenabsatzes auf Grund von Standort- oder persönlichen Präferenzen[5], werden - wenn überhaupt - mit unterschiedlichen Ergebnissen erörtert.

---

1) Herber S.37
2) So die Definitionen von Junckerstorff und Rasch, s.o.S.28; ferner z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Rdnr.71; Benkendorff, Korreferat S.16; Germann, Bona fides S.81; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskomm., 1.Aufl. § 1 GWB Rdnr.23; Nipperdey, Wettbewerb S.16, 23, 27; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.904
3) Tetzner WuW 1956, 590; Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 71; Rinck, Gute Sitten S.172 f.
4) Von Nipperdey, Wettbewerb S.27 als Leistungswettbewerb angesehen; verneint in RGZ 134, 342 (355) - Benzinkampf
5) Willeke S.162; Schwarzfischer S.336; dagegen Germann, Kommentar S.251; Henner S.27

So soll nach v.Braunmühl-Zweck die Werbung dem Leistungswettbewerb dienen[1], eine wie immer geartete Werbung also nicht zum Leistungswettbewerb gehören, sondern ihn allenfalls fördern. Benkendorff[2] und Hefermehl[3] hingegen zählen Werbung grundsätzlich zum Leistungswettbewerb. Franzen hält den Preis- und Qualitätswettbewerb für den Kernbereich des Leistungswettbewerbs[4] und auch Meyer-Dohm stellt die Frage, ob Leistungswettbewerb nur Preiswettbewerb sei[5], während Metzner der Ansicht ist, daß 'an die Stelle des Preiswettbewerbs der Leistungswettbewerb getreten' sei und Leistungssteigerungen sich nur erreichen ließen, wenn Preisbewegungen sie nicht störten[6], nach ihm also der Preiswettbewerb nicht zum Leistungswettbewerb gehört.

Ähnlich widersprüchliche Meinungen zu Einzelfragen beruhen nicht zuletzt darauf, daß man auf der einen Seite von der Unternehmensleistung, hauptsächlich der Absatzleistung, also dem angebotenen Produkt oder der Dienstleistung ausgeht, während man auf der anderen Seite den Begriff aus dem Sinn und Zweck des Wettbewerbs und der Wirtschaft allgemein zu entwickeln sucht[7] und dabei die wirtschaftliche Leistung in den Vordergrund rückt. Hierbei wird überdies die Wirtschaftstheorie meist noch vereinfacht[8]. So soll beispielsweise eigentlicher Sinn des Wettbewerbs die 'Erbringung, Sicherung und Belohnung der besten wirtschaftlichen Leistung' sein[9]. Daß die Befriedigung elementarer Bedürfnisse

---

1) v.Braunmühl-Zweck S.116; Caminada S.23
2) Benkendorff, Korreferat S.16
3) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.71, § 1UWG Anm.19; einschränkend auf die Werbung mit der Preiswürdigkeit und Güte der Ware: Wilde MA 1956, 509
4) Franzen, Gemeinschaftskommentar, 1.Aufl. § 28 GWB Rdnr.9
5) Meyer-Dohm S.150
6) Metzner S.242; Behrens S.219 unterscheidet ebenfalls zwischen Preis- und Leistungskonkurrenz.
7) v. Nell-Breuning WuW 1952, 373
8) Röper, Verwirklichung S.273; ders., Probleme S.569
9) v. Castelberg S.76, 78; Meister S.37 f.; Röpke, Wettbewerb S.35: Wettbewerb sei eine Veranstaltung zum Obsiegen der besten Leistung; vgl. auch van Dam S.55

oberster Zweck alles Wirtschaftens ist und in diesem Rahmen der Wettbewerb ein Mittel zur Knappheitsüberwindung[1] und Existenzsicherung für alle, nicht aber nur für einen einzelnen[2], bleibt bei dieser Vorstellung vom Wettbewerb unberücksichtigt. Es kann nicht Sinn des Wettbewerbs sein, nur die beste Leistung zu belohnen und damit alle Wettbewerber mit Ausnahme desjenigen vom Wettbewerb auszuschließen, der diese beste wirtschaftliche Leistung erbringt, wobei zunächst dahingestellt sei, was unter der 'besten wirtschaftlichen Leistung' überhaupt zu verstehen ist und wie sie ermittelt werden soll[3].
Einigkeit besteht im wesentlichen darüber, daß Leistungswettbewerb ein Generalbegriff[4] und eine Form des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist. Unberücksichtigt bleibt daher im folgenden die Verwendung des Begriffes außerhalb des wirtschaftlichen Wettbewerbs, z.B. der jährliche 'praktische Leistungswettbewerb der Handwerksjugend'[5]. Joetze meint überdies einen abweichenden Sinn auch in der Standesrechtsprechung der Rechtsanwälte feststellen zu können, denen es verwehrt sei, anders als durch ihre Leistung zu werben[6].

Übereinstimmung besteht ferner darüber, daß Leistungswettbewerb eine Unterart und besondere Erscheinungsform des gewerblichen Wettbewerbs ist[7]. Nur scheinbar wird er häufig dem wirtschaftlichen Wettbewerb allgemein gleichgesetzt[8],

---

1) Eucken, Grundsätze S.8, 370
2) Nawroth S.398
3) Haussmann, Neoliberalismus S.21: Wer soll bestimmen, was von wem und für wen die beste Leistung ist?
4) Illerhaus, zit. Benkendorff WuW 1958, 423
5) Deutsches Handwerksblatt 1951, 19, 61; FAZ vom 9. Juli 1966 S.17
6) Joetze S.32 Fn.100
7) Beste S.132; Biedenkopf S.176; Ilau, Wege zur Sicherung S.200; ders., Wettbewerbsregeln S.6; Willeke S.167 f., 174
8) Rietschel S.26; Schwarzfischer S.329

denn derartigen Aussagen liegt regelmäßig eine besondere, wenn auch im einzelnen nicht näher dargelegte Vorstellung des gewerblichen Wettbewerbs zugrunde. Meist wird der Wettbewerbsbegriff dabei der vollständigen Konkurrenz im Sinne der Freiburger Schule angenähert.

Bei dem Leistungswettbewerb als Unterfall des gewerblichen Wettbewerbs steht weiter der Angebotswettbewerb selbständiger Unternehmer im Vordergrund[1], so daß auch der aus Anlaß einer Stellenausschreibung veranstaltete Leistungswettbewerb[2] bei der weiteren Untersuchung außer Betracht bleiben muß. Böhm stellte dem Leistungswettbewerb den Kaufkraftwettbewerb gegenüber und prägte damit für den Wettbewerb der Nachfrager sogar einen eigenen Terminus[3]. Auch Röper vertritt die Ansicht, daß Hersteller, Händler und Verbraucher als Nachfrager in einem Leistungswettbewerb um Rohstoffe, Energien, Gebrauchs- und Verbrauchsgüter stehen und jeder wirtschaftliche, auf Leistungen aufbauende Wettbewerb Leistungswettbewerb sei. Er verweist aber zugleich darauf, daß eine derartige weite Fassung des Begriffes zu unbestimmt sei und keine Aussagekraft mehr habe[4].
Mit dem Leistungswettbewerb als Angebotswettbewerb selbständiger Unternehmer steht zugleich der Wettbewerb mit materiellen Gütern im Vordergrund. Die der Marktgegenseite angebotenen Dienstleistungen bleiben im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb überwiegend unberücksichtigt.

Wenn diese Feststellungen zugrunde gelegt werden, läßt sich Wesen und Funktion des Leistungswettbewerbs in wirtschafts-

---

1) Ohm, Definitionen S.259; Röper, Probleme S.569
2) Gutachten 12/1950
3) Böhm, Wettbewerb als Instrument S.89; auch § 1 Abs.2 des Josten-Entwurfes, an dessen Ausarbeitung Böhm beteiligt war, stellt Leistungswettbewerb und Kaufkraftwettbewerb gegenüber.
4) Röper, Probleme S.569; ders., Verwirklichung S.267 f.; auch Ohm, Definitionen S.259 hält die Beschränkung auf den Anbieterwettbewerb für ungerechtfertigt.

wissenschaftlicher, makro-ökonomischer Sicht auf folgendes Modell zurückführen: das Wirtschaften des einzelnen Menschen wird durch seine eigenen Interessen motiviert. Anbieter und Nachfrager im Wettbewerb handeln zweckrational und denken daher jeder zunächst an sich[1]. Der Unternehmer wird versuchen, seinen Gewinn auf die Dauer zu steigern (Gewinnmaximierungsstreben) und der Kunde wird danach streben, seine wirtschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen, also die ihm fehlenden Wirtschaftsgüter zu erwerben. Gewinne kann der Unternehmer aber nur durch den Abschluß entgeltlicher Umsatzgeschäfte erzielen. Er muß daher im Rahmen des Anbieterwettbewerbs seine Güterproduktion bzw. die von ihm angebotenen Dienstleistungen auf die Wünsche der Nachfrager ausrichten. Seine Interessen lassen sich nur verwirklichen, wenn er zugleich den Interessen der Nachfrager entgegenkommt und sich beide aufeinander abstimmen, sich koordinieren. Das Eigeninteresse des Nachfragenden geht aber nicht nur auf Bedarfsdeckung, sondern auf bestmögliche Bedürfnisbefriedigung, also günstigste Verschaffung der ihm fehlenden Güter. Er wird daher aus den vielen Angeboten das beste heraussuchen und auf diese Weise den Anbieter zwingen, immer bessere und günstigere Angebote zu erstellen, wenn er sich auf dem Markt behaupten will. Der Unternehmer wird so zu Höchstleistungen angespornt; Höchstleistungen und Fortschritt werden erzwungen.

Wie zu zeigen sein wird, steht bei dieser makro-ökonomischen Grundkonzeption nicht die einzelne Wettbewerbshandlung im Vordergrund, sondern die Gesamtheit aller Wettbewerbshandlungen, im Gegensatz zu der mikro-ökonomischen Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs, die die einzelne Wettbewerbshandlung untersucht. Voraussetzungen und Folgen des Leistungswettbewerbs für die Gesamtwirtschaft werden erörtert und die Ergebnisse dieser Überlegungen wiederum häufig

---

1) Zum folgenden Röper MA 1964, 381

in die Definitionen des Leistungswettbewerbs aufgenommen oder die Auslegung des Begriffes daran orientiert. Bei den unterschiedlichen Auffassungen bereits in den Grundfragen kommt es dann zu den angedeuteten widersprüchlichen Aussagen, die im einzelnen noch darzulegen sein werden. Aus diesem Grunde wurde verschiedentlich bereits die Ansicht geäußert, mangels befriedigender und umfassender Definition[1] auf den Begriff überhaupt zu verzichten: Leistungswettbewerb sei eine leere Formel[2], der es an Praktikabilität und Durchsichtigkeit mangele[3]. Dies mag auch einer der Gründe sein, daß der Begriff durch Adjektive näher charakterisiert oder wenigstens ein entsprechender Anschein erweckt wird. Meist bleibt es nämlich dem Leser überlassen, auch den Begriffsinhalt dieser Beiwörter aus dem jeweiligen Zusammenhang zu finden. So wird beispielsweise von einem Leistungswettbewerb gesprochen, der berechtigt[4], echt[5], effizient[6], erwünscht[7], fair[8], frei[9], geregelt[10], gesund[11], ideal[12], lauter[13], legitim[14], natürlich[15], normal[16],

---

1) v. Brunn, Besprechung S.637; Lieberknecht S.71; BKA v. 30.12.1960 WuW/E BKartA 304 - Ziehereien und Kaltwalzwerke
2) Haussmann, Neoliberalismus S.21
3) Ohm, Definitionen S.259
4) Bußmann ZAkDR 1935, 843
5) Lieberknecht S.71
6) Meyer-Dohm S.150
7) BKA-TB 1963 S.2; Meyer-Cording JZ 64, 312
8) Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.69
9) BGH vom 23.9.1955 BGHSt 8, 225
10) Böhm, Wettbewerb S.125
11) BGH vom 16.3.1954 BGHZ 13, 39 - Warenkredit
12) BGH vom 13.2.1961 BGHZ 34, 270 - Ein-Pfennig-Süßwaren
13) BGH vom 11.11.1958 LM Nr.77 zu § 1 UWG - Künstlerpostkarten
14) Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates zu dem Entwurf eines GWB. BT-Drcks., 2. Wahlperiode Nr.1158 S.86
15) v. Brunn, Gedanken S.57
16) Amtliche Begründung zu § 9 Außenwirtschaftsgesetz, zitiert Langen, Außenwirtschaftsgesetz, Loseblattkommentar, § 9 Rdnr.6

rein[1], schöpferisch[2], schützenswert[3], verantwortungsbewußt[4], voll[5], wirksam[6], wirtschaftlich[7], aber auch unecht[8], unlauter[9], unzulässig[10], wahrheitswidrig[9], sachwidrig[9] und ungehörig[9] ist oder sein kann.

III. Die mikro-ökonomische Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs bei § 1 UWG.

Bei der individualrechtlichen, mikro-ökonomischen[11] Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs steht die einzelne Wettbewerbshandlung im Vordergrund. Im Gegensatz zu der überwiegend im Kartellrecht vorherrschenden, gesamtwirtschaftlichen, makro-ökonomischen[11] Sicht des Leistungswettbewerbs, wird sie im Zusammenhang mit § 1 UWG und § 28 Abs.2 GWB erörtert, wobei vorausgesetzt wird, daß das Tatbestandsmerkmal 'Grundsätze des lauteren Wettbewerbs' in § 28 Abs.2 GWB dem lauteren Wettbewerb im Sinne des UWG entspricht[12]. Diese individualrechtliche Betrachtungsweise geht hauptsächlich auf Nipperdey zurück. Sachlich wird von einer Anzahl Autoren bereits Lobe als Vorläufer (der indivi-

---

1) Huber S.440; Nipperdey, Wettbewerb S.26
2) Röper, Probleme S.571
3) Griesbach BB 1962, 1015
4) Röper, Konkurrenz S.26
5) Nölting, Sitzungsberichte des Deutschen Bundestages, 32. Sitzung vom 27.1.1950 S.983 (B)
6) Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (WirtschaftsstrafG 1954), BT-Drcks., 2. Wahlperiode Nr.478 S.12
7) Futtermittelgesetz § 4 zit. oben S.13 Fn.2
8) Schwarzfischer S.342
9) Lehmann, H. S.105
10) Ohm, Definitionen S.259
11) Terminologie Ohms, Definitionen S.246 ff.
12) BKA-TB 1960 S.56; BKA vom 30.12.1960 WuW/E BKartA 301 ff. - Ziehereien und Kaltwalzwerke

dualrechtlichen Betrachtung) des Leistungswettbewerbs angesehen[1], ohne daß er jedoch den Begriff selbst verwandt hätte. Im folgenden soll daher zunächst die Ansicht Lobes dargelegt werden und im Anschluß daran der Begriff bei Nipperdey und in der Rechtsprechung untersucht werden.

1. Die Anschauung Lobes[2]

Lobe entnimmt den Beurteilungsmaßstab zur Feststellung der Lauter- oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung dem Wettbewerbsverhältnis selbst. Dabei geht er von den in der Literatur häufig erörterten Beispielen aus dem Gebiete des Sportes - dem Wettrudern und Pferderennen[3] - aus. Dieser sportliche und so auch der wirtschaftliche Wettbewerb werde durch Einführen einer nicht zum Vergleich stehenden Tätigkeit verfälscht. Werde für die Bewertung der beiderseitigen Kräfte ein Element hereingezogen, das die Wahrheit fälscht[4], dann sei der Wettbewerb kein reiner und lauterer mehr. Unlauter, so folgert Lobe, wird sonach ein Wettbewerb durch Einführung aller, sei es hindernder, sei es fördernder Bedingungen, die nicht eine zur Vergleichung stehende Tätigkeit entfalteten. Welche Tätigkeit aber zur Vergleichung steht, also im Wettbewerbskampf ausschließlich zur Anwendung gelangen darf, das richtet sich nach der Art des Wettbewerbs[5]. Weder dürfe im Sport ein Wettbewerber die Tätigkeit des Mitbewerbers behindern (Lockerung des Hufeisens beim gegnerischen Pferd, so daß dieses es unterwegs verliert und der Gegner nur unter erschwerten Umständen weiter am Wettkampf teilnehman kann[6]), noch dürfe ein Wettbewerber

1) Böhm, Wettbewerb S.178 f.; Herber S.27; Joetze S.36; Kraft S.240; Lehmann, H. S.101; Nipperdey, Wettbewerb S.20; Sprüngli S.146
2) Lobe S.8 ff.
3) Lobe S.8 f.
4) Lobe S.9
5) Lobe S.10
6) Lobe S.9

das eigene Wettstreben in regelwidriger Weise fördern (Einführung eines Motors beim Wettrudern). Im wirtschaftlichen Wettbewerb stehe die eigene gesetzmäßige[1] Erwerbstätigkeit jedes Mitbewerbers zum Vergleich[2], 'die einem freien Willen des Kunden gegenübersteht, den lediglich die Eigenschaft der angebotenen gewerblichen Leistungen zur Abnahme von dem einen oder dem anderen Wettbewerber bewegen'[3]. Der wirtschaftliche Wettbewerb werde daher immer dann unlauter, wenn der Kunde in anderer Weise als durch 'die eigenen gewerblichen Leistungen selbst'[4] beeinflußt werde, wenn also der Leistungsvergleich des Kunden durch eine Handlung des Wettbewerbers unmöglich wird[5] oder 'mit anderen Mitteln als bloß mit der gewerblichen Leistung auf den Abnehmer einzuwirken versucht wird'[6].

Auf die Unzulänglichkeit des Vergleiches zwischen wirtschaftlichem Wettbewerb und sportlichem Wettkampf wird später im Zusammenhang mit der makro-ökonomischen Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs einzugehen sein[7]. Wesentlich für die Abgrenzung eines mit der Lehre Lobes in Verbindung gebrachten Begriffes 'Leistungswettbewerb' ist die Tatsache, daß Lobe allein den Angebotswettbewerb zwischen einzelnen Unternehmern im Hinblick auf § 1 UWG untersucht. Dabei ist für ihn Ausgangspunkt der Sinn des wirtschaftlichen Wettbewerbs wie im schweizerischen UWG, das den lauteren Wettbewerb als Mißbrauch des wirtschaftlichen

---

1) Lobe S.63 f.
2) Lobe S.47
3) Lobe S.47
4) Lobe S.56
5) etwa durch täuschende Reklame, Lobe S.56 f.
6) z.B. wenn ein Kaufmann in einer seiner angebotenen Waren ein Goldstück versteckt, Lobe S.57
7) s.u. S.83 ff.

Wettbewerbs ansieht[1], eine Auffassung, die auch in der französischen Rechtslehre vom unlauteren Wettbewerb als 'abus de droit' vertreten wird[2]. Der Begriff 'Leistung' ist bei Lobe wertneutral die auf dem Markt angebotene gewerbliche Leistung und umfaßt sowohl Waren als auch Dienstleistungen[3]. Dieser Leistungsbegriff erfaßt die Handlungen nicht, die zur Erstellung des Angebotes führen. Diese, vor dem eigentlichen Marktgeschehen liegenden Handlungen, werden dadurch einer Bewertung unterzogen, daß Lobe für erlaubt nur den Wettbewerb mit der gesetzmäßig zustandegekommenen, eigenen Leistung hält, bei dem also nicht die Leistungen der Mitbewerber zur Förderung des eigenen Wettbewerbs eingesetzt werden wie bei der Benutzung fremder Unterscheidungszeichen[4]. Lobes Ansicht ist daher der Ansicht Otto Mayers verwandt, nach der das 'Danebensetzen der eigenen Kraft ... das Wesen der Mitbewerbung' ausmacht[5].

2. Der Begriff bei Nipperdey

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Benrather Tankstellenfall (Benzinkampf)[6], in dem ein Tankstelleninhaber von einem Benzinkartell durch Preisunterbietungen gezwungen werden sollte, seine Preise den höheren des Kartells anzugleichen, war Anlaß zu einem Gutachten Nipperdeys[7], das in der Unterscheidung von Leistungs- und Behinderungswettbewerb gipfelte.

---

1) Art.1 Abs.1 des schweiz. UWG vom 30.9.1943: 'Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Mißbrauch des Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treu und Glauben verstoßen.
2) Nachweise bei Germann, Bona fides S.85 Fn.62-64
3) Lobe S.35
4) Lobe S.51 ff.
5) Mayer S.377
6) OLG Düsseldorf vom 25.7.1929 GRUR 1929, 1368 = KR 1930, 253; hierzu die Revisionsentscheidung des RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 ff.
7) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930

Nipperdey gewinnt diese Einteilung, indem er von der Schädigung eines Mitbewerbers im Wettbewerb ausgeht, die bereits dem in der Existenz mehrerer selbständiger Gewerbetreibender begründeten natürlichen Wettbewerbskampf immanent sei[1]. Mit der Auswirkung der eigenen Leistungsfähigkeit im eigenen Unternehmen sei eine Schädigung des Gegners notwendig verbunden, 'denn wo der eine verkauft, kann der andere nicht verkaufen'[2]. Es besteht daher mit 'dialektischer Notwendigkeit' ein Kausalverhältnis zwischen der eigenen wirtschaftlichen Entfaltung (Ursache) und der Beeinträchtigung (Schädigung) des Konkurrenten (Wirkung)[3].

Bei dem erfolgreichen Leistungswettbewerb als der natürlichen Form des Wettbewerbs, bei dem die eigene Leistung den Absatz fördere[4], sei die Schädigung aber nur Folge, nicht jedoch Mittel zur Förderung des eigenen Absatzes wie beim Behinderungswettbewerb. Leistungswettbewerb definiert Nipperdey daher als eine 'Art von Wettbewerbshandlungen'[5], 'die in der Ausdehnung des eigenen Geschäftsbetriebes, genauer in der Förderung der Absatzfähigkeit mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen (Preisunterbietung, Qualitätssteigerung)'[6]. An anderer Stelle definiert er den Leistungswettbewerb als 'Wettbewerbshandlungen, die in der Förderung des Absatzes mit den Mitteln der echten eigenen Leistung nach Qualität, günstiger Preisgestaltung und fairer Werbung bestehen'[7]. Der Leistungswettbewerb setze nur die eigene gewerbliche Leistung im Kampf um den freien Abnehmer ein[8]; er bestehe im 'Werben um den freien Kunden

---

1) Nipperdey a.a.O. S.16
2) Nipperdey a.a.O. S.16
3) Nipperdey a.a.O. S.17
4) Nipperdey a.a.O. S.16 f.
5) Nipperdey, Wettbewerb, S.16
6) Nipperdey a.a.O. S.16
7) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S.38; ders., Wirtschaftsverfassung S.14; ähnlich ders., DRZ 1950, 196; Nipperdey-Wiese S.883
8) Nipperdey, Wettbewerb S.27

unter Einsatz der Vorteile der eigenen Leistung'[1], wobei es unerheblich sei, ob beispielsweise die Mittel zu einer Preisunterbietung durch eigenen Erwerb angesammelt seien, oder aus einer dem Wettbewerber angefallenen Erbschaft herrührten[2]. In jedem dieser Fälle werde nur die wahre eigene Leistungsfähigkeit im Kampf um den Entschluß des Kunden eingesetzt.

Zum Behinderungswettbewerb, bei dem die Schadenszufügung nicht Folge sondern Mittel des Wettbewerbs sei[3], zählen solche Wettbewerbshandlungen, die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen[4] wie Sperre und sperrähnliche Maßnahmen. Während Nipperdey den Behinderungswettbewerb nicht für schlechthin unzulässig hält, sondern seine Zulässigkeit auch von dem Grad der Schädigung des Gegners abhängen soll, sei der 'echte' Leistungswettbewerb[5] - und ihn allein bezeichnet Nipperdey als Leistungswettbewerb[6] - ohne Rücksicht auf die den Mitbewerber treffenden schädlichen Folgen, sogar bis zu dessen Existenzvernichtung zulässig[7]. Der Leistungswettbewerb und die durch ihn hervorgerufenen Schäden seien mit der eigenen Gewerbetätigkeit notwendig verbunden; sei aber der Wettbewerb und die freie gewerbliche Betätigung erlaubt, so könnten die damit verbundenen Schäden nicht unerlaubt sein[8].

Zum Leistungswettbewerb seien aber die Fälle nicht zu rechnen, in denen in Wirklichkeit nicht die wahre, im Verhältnis zum Mitbewerber größere eigene Leistungsfähigkeit den Kampf um den Kunden entscheide, sondern leistungsfremde Begleitumstände den Ausschlag gäben wie beispielsweise bei Preisunterbietungen auf Grund eines Vertragsbruches oder

---

1) Nipperdey a.a.O. S.19
2) Nipperdey a.a.O. S.24
3) Nipperdey, Wettbewerb S.23
4) Nipperdey a.a.O. S.16
5) Nipperdey a.a.O. S.23
6) Nipperdey a.a.O. S.28 sub C, V
7) Nipperdey a.a.O. S.23, 27
8) Nipperdey a.a.O. S.16

einer Gesetzesverletzung, auf Grund Ausnutzung fremder Arbeit, Täuschung von Kunden oder Herabsetzung des Mitbewerbers[1]. Derartige Wettbewerbshandlungen bezeichnet Nipperdey als 'leistungsverfälschenden Wettbewerb'[2].
Da das Gutachten Nipperdeys der Klärung einer speziellen Einzelfrage des Wettbewerbsrechtes diente, können Verallgemeinerungen naturgemäß nur begrenzte Aussagekraft beigemessen werden. Mit dieser Einschränkung läßt sich der Begriff bei Nipperdey folgendermaßen charakterisieren: Leistungswettbewerb ist eine 'Art von Wettbewerbshandlungen'[3] neben dem Behinderungswettbewerb und dem leistungsverfälschenden Wettbewerb, also eine Kategorie einer ordnungssystematischen Erfassung des Wettbewerbs, wobei nur Handlungen innerhalb des wirtschaftlichen Wettbewerbs gemeint sind. Mit dieser Einteilung glaubt Nipperdey sämtliche Wettbewerbshandlungen erfassen zu können. Zwar knüpft er bei der Aufstellung seines Systems an die im konkreten Fall erfolgte Schädigung des Mitbewerbers durch Preisunterbietungen an, meint aber allgemein, daß bei jeder erfolgreichen Wettbewerbshandlung eine notwendige Wechselwirkung zwischen eigenem Vorteil und fremdem Schaden bestehe; ein an den Schaden des Mitbewerbers anknüpfendes System müßte demnach alle Wettbewerbshandlungen erfassen.
Abgesehen von dem umstrittenen Ausgangspunkt einer notwendigen Wechselwirkung von eigener wirtschaftlicher Entfaltung und Beeinträchtigung des Konkurrenten[4], bleibt es offen, wie die Wettbewerbshandlungen erfaßt werden sollen, die keinen Schaden hervorrufen oder den Mitbewerber nicht

---

1) Nipperdey a.a.O. S.23 ff.
2) Nipperdey DRZ 1950, 196; ders., Soziale Marktwirtschaft S.38; ders., Wirtschaftsverfassung S.14. Diese Gruppe ist terminologisch in 'Wettbewerb und Existenzvernichtung' noch nicht hervorgehoben.
3) Nipperdey, Wettbewerb S.16
4) Ablehnend z.B. Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.3; Knöpfle WuW 1962, 159 ff. (160); Meyer-Cording WuW 1962, 463

behindern, weil sie im Versuchsstadium steckengeblieben sind. Dies wäre z.B. der Fall, wenn es nicht zu der mit einer Boykottaufforderung bezweckten Sperre kommt[1]. Hier müßte das System Nipperdeys der Vollständigkeit halber in der Richtung ergänzt werden, daß der Eintritt des mit einer Wettbewerbshandlung beabsichtigten Erfolges unterstellt und dann untersucht wird, welcher Kategorie die konkrete Wettbewerbshandlung zuzuordnen ist. Als sicher kann nur festgestellt werden, daß jede Wettbewerbshandlung nach Meinung Nipperdeys einer der drei Kategorien Leistungswettbewerb - leistungsverfälschender Wettbewerb - Behinderungswettbewerb unterfällt, vorausgesetzt, daß sie einen Schaden herbeigeführt hat. Weiter ist Leistungswettbewerb für Nipperdey ein effektives menschliches Verhalten, ein Handeln, im Gegensatz zu einem nur intendierten Verhalten oder einem Streben und im Unterschied zur Auffassung vom wirtschaftlichen Wettbewerb als einem Zustand[2].
Leistungswettbewerb liegt nach Nipperdey 'in der Ausdehnung des eigenen Geschäftsbetriebes'[3], 'er setzt nur die eigene gewerbliche Leistung im Kampf um den freien Abnehmer ein'[4], genauer: Leistungswettbewerb liegt in der 'Förderung der Absatztätigkeit mit den Mitteln der echten, eigenen Leistung'[5]. Leistungswettbewerb wird daher ferner bei Nipperdey nur auf den Angebotswettbewerb zwischen mehreren Unternehmern bezogen, während der Nachfragewettbewerb nicht berücksichtigt wird. Als Beispiele für diesen ausschließlich mit der gewerblichen Leistung und zwar der eigenen, echten, wahren gewerblichen betriebenen Wettbewerb wird die günstige Preisgestaltung[6], die Qualitätssteigerung[7] aber auch

---

1) Beispiel Kunzes S.27
2) Über die verschiedenen Auffassungen vgl. Lukes S.202 f.
3) Nipperdey, Wettbewerb S.16
4) Nipperdey a.a.O. S.27
5) Nipperdey a.a.O. S.16
6) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S.38
7) Nipperdey, Wettbewerb S.16; ders., Wirtschaftsverfassung S.14

die faire Werbung[1] genannt. Wie bei Lobe bezeichnet also bei Nipperdey das Bestimmungswort 'Leistung' im Hinblick auf das Grundwort 'Wettbewerb' das Mittel, nicht hingegen den Zweck[2]. Leistungswettbewerb ist für ihn kein Wettbewerb zur Erreichung einer gesamtwirtschaftlichen Leistung, sondern er ist der Wettbewerb mit der konkreten gewerblichen Leistung. Die vorteilhafte Gestaltung des eigenen Angebotes soll im wirtschaftlichen Wettbewerb den Ausschlag geben. Leistung ist daher das (für den Abnehmer preislich oder qualitätsmäßig günstige) Angebot, das der Wettbewerber auf den Markt bringt und mit dem er Kunden zum Geschäftsabschluß zu veranlassen sucht. Der gleiche Leistungsbegriff liegt der II. Bekanntmachung des Werberates vom 1.11.1933[3] zugrunde, wonach Wirtschaftswerbung treibt, wer 'für seine eigene entgeltliche Leistung (Erzeugung, Dienstleistung, Vermietung, Verkauf usw.) Werbung treibt'.

Geht Nipperdey von einem in der Ebene des Marktgeschehens liegenden Leistungsbegriff aus und ist sie für ihn die günstigste Gestaltung des auf den Markt gebrachten Angebotes zum Abschluß eines privatrechtlichen Verkehrsgeschäftes[4], so liegt Leistungswettbewerb aber nur dann vor, wenn eine echte[5], eigene[6], wahre[7] Leistung angeboten wird. Der Leistungsbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb wird damit von der Ebene der Absatzleistung auch auf

---

1) Nipperdey DRZ 1950, 196; ders., Soziale Marktwirtschaft S.38; ders., Wirtschaftsverfassung S.14; Nipperdey-Wiese S.883
2) Nipperdey, Wettbewerb S.23; zu den determinativen Zusammensetzungen und den verschiedenen Ausdrucksmöglichkeiten eines einem Attribut entsprechenden Bestimmungswortes vgl. Der Große Duden Bd.4 S.332 Rdnr.619
3) Reichsanzeiger 33 Nr.256
4) Herber S.24
5) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S.38; ders., Wirtschaftsverfassung S.14
6) Nipperdey, Wettbewerb S.16, 27 f.
7) Nipperdey, Wettbewerb S.23, 28

das Zustandekommen des Angebotes erstreckt und damit auf die vor dem eigentlichen Marktgeschehen liegende Erstellung des konkreten Angebotes. Dies zeigt sich in den angeführten Beispielen, wonach echter Leistungswettbewerb nicht vorliegt bei einer Preisunterbietung durch Ausnutzung eines Vertragsbruches oder einer Gesetzesverletzung oder der Erstellung eines günstigen Angebotes durch Ausbeutung fremder Arbeitskraft[1]. Hierdurch werde dem Abnehmer ein tatsächlich oder - bei Täuschung des Kunden - nur scheinbar günstiges Angebot gemacht, ein Vergleich der Leistungsfähigkeit mit anderen Mitbewerbern werde aber unmöglich. Damit wird von Nipperdey ein normativer Bewertungsmaßstab, u.a. das Wahrhaftigkeitsmoment zur Feststellung der eigenen, echten, wahren Leistung zu Hilfe genommen, ohne daß jedoch allgemeine Kriterien für diese Feststellung gegeben werden. Nipperdey beschränkt sich vielmehr auf beispielhaft angeführte Einzelfälle, z.B. daß eine Preisunterbietung mit Mitteln einer angefallenen Erbschaft stets zulässig sei, da in diesem Fall die wahre eigene Leistungsfähigkeit im Kampf um den Kunden eingesetzt werde[2]. Auf das Gebiet der Werbung ist der Leistungsbegriff Nipperdeys nicht zu übertragen. Die Werbung kann nur die Leistung im Sinne des konkreten Angebotes der Marktgegenseite bekannt machen, sie selbst ist aber kein Teil dieses Angebotes. Wohl aus diesem Grunde zählt Nipperdey jetzt ausdrücklich auch die 'faire Werbung' unter den Leistungswettbewerb[3], ohne allerdings seine Meinung näher zu begründen.

---

1) Nipperdey, Wettbewerb S.23 f., 28
2) Nipperdey, Wettbewerb S.24
3) Nipperdey DRZ 1950, 196; ders., Soziale Marktwirtschaft S.38; ders., Wirtschaftsverfassung S.14

3. Der Begriff in der Rechtsprechung

a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Wie bereits erwähnt, wurde der Begriff erstmals in der Entscheidung vom 20.5.1931[1] verwandt, wenngleich seine allgemeine Verbreitung in der Rechtsprechung hauptsächlich auf die spätere Entscheidung im Benrather-Tankstellenfall[2] zurückgeht. Ausgangspunkt in diesem Urteil war die Frage, ob ein Unternehmer, der auf Grund geringerer Gestehungskosten billiger verkaufen kann, von einem geldlich übermächtigen Wettbewerber durch Preisunterbietung gezwungen werden darf, seine niedrigeren Verkaufspreise den höheren des Mitbewerbers anzupassen, oder - falls er hierzu nicht bereit ist - sich wirtschaftlich zugrunde richten zu lassen.

Entgegen Nipperdey meint das Reichsgericht, daß im konkreten Fall kein Leistungswettbewerb, sondern ein typischer Fall schwersten Behinderungswettbewerbs vorliege[3], weil die den Kläger unterbietenden Beklagten nicht beabsichtigt hätten 'durch die Billigkeit ihrer Preise mit dem Kläger in einen echten Wettbewerb zu treten, indem sie dem Publikum ernstgemeinte Vorteile boten und es auf diese Weise durch die Preiswürdigkeit ihrer Leistung als Kunden gewinnen wollten'[4]. Ihr Bestreben sei vielmehr nur dahin gegangen, durch ein künstliches und möglichst rasch durchgeführtes Manöver dem zu ihnen im echten Leistungswettbewerb stehenden Kläger die Beteiligung am Wettbewerb unter allen

---

1) RG vom 20.5.1931 JW 1932, 1883 (1884) - Portlandzement
2) RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 ff. Die Entscheidung verweist auf eine entsprechende Einteilung in RG vom 25.6.1890 RGZ 28, 238 ff., in der sich aber der Begriff Leistungswettbewerb noch nicht findet.
3) RGZ 134, 342 (355)
4) RGZ 134, 342 (353)

Umständen dadurch unmöglich zu machen, daß sie das Publikum durch Unterbieten 'koste es, was es wolle' von ihm abzogen, um hinterher sofort zu ihren alten oder zu noch höheren Preisen zurückzukehren. 'Danach stellt sich ... die dem Publikum für billigen Preis gebotene Leistung der Beklagten nur als ein Scheinvorteil heraus, der nach der Besiegung des bekämpften Gegners alsbald in einen Nachteil umschlagen mußte, weil das Publikum nun nicht mehr zu den niedrigeren Preisen des Klägers, sondern nur noch zu den höheren der Beklagten kaufen konnte'[1].

Das Reichsgericht sieht also den Leistungswettbewerb als Wettbewerb an, der dem Publikum Vorteile bietet und zwar ernstgemeinte, keine vorübergehenden Scheinvorteile. Leistungswettbewerb ist daher nicht mehr allein ein Wettbewerb mit der oder durch die gewerbliche Leistung, ohne daß es auf die Auswirkungen des Wettbewerbs für die Abnehmer ankäme, sondern Leistungswettbewerb bewirkt zugleich eine Leistung für die Kunden[2]. Damit erweitert das Reichsgericht den Inhalt des Begriffes gegenüber der Ansicht Nipperdeys, der die Frage nicht aufwarf, ob es sich um ein für den (die) Kunden vorteilhaftes oder vorteilhafteres Angebot als das des Mitbewerbers handeln muß und für den diese Frage bei der Bestimmung des Leistungswettbewerbs daher unerheblich ist. Es erscheint aber zweifelhaft, ob diese vom Reichsgericht im konkreten Fall vertretene Ansicht verallgemeinert werden kann. Zwar hält das Reichsgericht auch in seiner Entscheidung vom 3.11.1933[3] die Gestaltung und Anpreisung vorteilhafter Versicherungsbedingungen für Leistungswettbewerb, in diesem und in den späteren Urteilen aber wird bereits nicht mehr ausdrücklich auf den Vorteil des Publikums abgestellt. Die Entscheidung vom 15.10.1935 begnügt sich vielmehr mit der Feststellung:

---

1) RGZ 134, 342 (353 f.)
2) Deiters S.60
3) RG vom 3.11.1933 MuW 1934, 60 (62)

'Es wäre ein Verschleudern der Ware bzw. gewerblichen Leistung zu Verlustpreisen in der Absicht der Vernichtung der Mitbewerber. In solchen Fällen läge ... nicht mehr ... der erlaubte Leistungswettbewerb, sondern der durch wirtschaftlich ungerechtfertigte Preisdrückerei mit dem Hauptzweck der Vernichtung des Mitbewerbers geübte sittenwidrige sog. Behinderungswettbewerb vor'[1].

Keine entscheidende Bedeutung mißt das Reichsgericht jedenfalls der kürzeren oder längeren Dauer der gebotenen Vorteile bei[2]. Es vertritt nicht die Ansicht, daß nur dann Leistungswettbewerb vorliege, wenn auf die Dauer gesehen dem Publikum Vorteile erwachsen; welcher Zeitraum sollte auch für eine derartige Feststellung zugrunde gelegt werden? Hinter diesem Kriterium verbirgt sich vielmehr der Gedanke, daß Leistungswettbewerb nur betrieben werde, wenn das Angebot Ausdruck der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Wettbewerbers ist, wobei allerdings die Vermutung besteht, daß in diesem Falle das Angebot auch auf längere Zeit aufrechterhalten werden kann. Der Zeitfaktor wird nur als mittelbares Kriterium herangezogen, weil er einen Anhaltspunkt dafür bieten kann, ob der Wettbewerber sein Angebot nach 'gesunder kaufmännischer Kalkulation' erstellt hat; nur dann wird es ihm möglich sein, das Angebot 'auf die Dauer' aufrechtzuerhalten. So wird auch in der Entscheidung vom 15.10.1935[3] das Verschleudern der Ware zu Verlustpreisen hervorgehoben, ohne die Dauer sowie Vor- oder Nachteile der Wettbewerbshandlung für das Publikum zu berücksichtigen, wie auch das Landgericht Frankfurt/M. in seinem Urteil vom 12.2.1960[4] bei der Beurteilung einer

---

1) RG vom 15.10.1935 GRUR 1936, 139 (140) - Putztuchwäsche
2) Kurzfristiger Scheinvorteil, RGZ 134, 342 (353 f.)
3) RG vom 15.10.1935 GRUR 1936, 139 - Putztuchwäsche
4) LG Frankfurt vom 12.2.1960 WRP 1960, 74 (76) - Benzinkampf

Preisunterbietung hauptsächlich darauf abstellt, daß eine 'kalkulatorisch nicht gerechtfertigte Preissenkung' vorgenommen worden sei. Danach soll es sogar unerheblich sein, daß der Wettbewerber vielleicht im Rahmen einer ordnungsmäßigen Kalkulation allgemein hätte billiger verkaufen können.

Bei der Annahme von Behinderungswettbewerb im Benrather-Tankstellenfall maß das Reichsgericht im übrigen der Tatsache Bedeutung bei, daß

> 'die Beklagten zunächst nur die Vernichtung des ihnen nicht gefügigen Klägers anstrebten, um dann für ihre höhere Preisfestsetzung freie Bahn zu haben'[1],

die Niederringung des Gegeners also nicht Folge der Preisunterbietung, sondern Kampfmittel war, um später zu den alten Preisen zurückzukehren. Im Gegensatz zu Nipperdey, der den Leistungswettbewerb rein objektiv faßt und für den Leistungswettbewerb nicht durch eine bei dem Wettbewerber vorhandene Schädigungs- oder Vernichtungsabsicht ausgeschlossen wird[2], verneint das Reichsgericht auf Grund der Schädigungsabsicht das Vorliegen von Leistungswettbewerb[3]. In der planmäßigen Schädigung und dem Vernichtungszweck sieht es auch letztlich die Unlauterkeit der Preisunterbietung begründet[4].
Der Leistungsbegriff des Reichsgerichts ist daher weiter gefaßt als derjenige Nipperdeys, der als Leistung die angebotene gewerbliche Leistung ansah unter Berücksichtigung auch der Art und Weise der Erstellung des Angebotes. Für das Reichsgericht muß damit zugleich ein Vorteil für das Publikum, also die Allgemeinheit verbunden sein.

---

1) RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 (354) - Berather Tankstellenfall
2) Nipperdey, Wettbewerb S.18
3) Diese Frage wurde in der Entscheidung vom 20.5.1931 JW 1932, 1883 (1884) offengelassen.
4) RG vom 18.12.1931 RGZ 134,342 (355)-Benrather Tankstellenfall

Ein weiteres Kriterium des Leistungswettbewerbs läßt sich dem Urteil vom 3.11.1933[1] entnehmen, in dem es als unlauter bezeichnet wurde, wenn ein Versicherungsvertreter dadurch neue Kunden zu gewinnen sucht, daß er diese über die Möglichkeit, den Zeitpunkt und die Abfassung einer Kündigung des mit einer anderen Versicherungsgesellschaft bestehenden Versicherungsvertrages unterrichtete und selbst entworfene Kündigungsschreiben vorlegte oder sie unaufgefordert abfaßte. Das Reichsgericht führt hierzu aus:

> 'Die Erörterung der Lösbarkeit dieses Rechtsverhältnisses und die Mitwirkung bei der Lösung dient dann dem Agenten als sehr wesentliches Mittel, womit er den Kunden für den Entschluß, die Versicherung zu wechseln, gewinnt und bei diesem Entschluß festhält. Auf diese Weise tritt neben den Leistungswettbewerb i.S. von RG 28, 247; 134, 342 (352), bestehend in der Gestaltung und Anpreisung vorteilhafter Versicherungsbedingungen ein andersartiges Handeln zum Wettbewerbszweck, das in gewissen Fällen ... ausgesprochen in einen Behinderungswettbewerb übergeht'[2].

Leistungswettbewerb ist daher weiter nur der ausschließlich mit und unter Beschränkung auf die angebotene gewerbliche Leistung geführte Wettbewerb. Der Begriff wird ferner auf das Gebiet der Werbung (Anpreisung der Versicherungsbedingungen) erstreckt. Auch andere Entscheidungen[3] zeigen, daß die Rechtsprechung bei der Bestimmung des Leistungswettbewerbs das Verhältnis: potentieller Abnehmer - Anbieter zugrunde legt und Leistungswettbewerb im Hinblick auf den erst in Aussicht genommenen Vertragspartner gesehen wird,

---

1) RG vom 3.11.1933 JW 1934, 290 (292) - Kündigungshilfe
2) RG vom 3.11.1933 JW 1934, 290 (291) - Kündigungshilfe
3) RG vom 20.5.1931 JW 1932, 183 (184) - Portlandzement; RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 - Benrather Tankstellenfall

der durch Güte und Preiswürdigkeit der Ware zum Geschäftsabschluß bewogen werden soll. Dazu aber muß die Leistung, das konkrete Angebot in irgendeiner Weise dem potentiellen Abnehmer nahegebracht werden und auf dem Markt in Erscheinung treten, der Wettbewerber also mit ihm werben.

Leistungswettbewerb ist daher für das Reichsgericht ein Wettbewerb ausschließlich mit der gewerblichen Leistung, die Ausdruck der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Wettbewerbers sein muß und zugleich dem Abnehmer einen Vorteil bietet.

b) Die Rechtsprechung nach 1945

Die höchstrichterliche Rechtsprechung nach 1945 definiert den Leistungswettbewerb ebenfalls nicht näher, sondern übernimmt den Begriff als festen terminologischen Bestandteil bereits der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dies zeigen u.a. folgende Formulierungen des Bundesgerichtshofes:

> '... Boykott, der als Kampfesmethode unzulässig ist, weil er sich mit den Erfordernissen des Leistungswettbewerbs nicht verträgt'[1].
>
> 'Mag es auch dem Wesen des freien Leistungswettbewerbs entsprechen, daß der Wettbewerber - zumindest in erster Linie - mit der Güte und der Preiswürdigkeit seiner Waren und gewerblichen Leistungen wirbt, ...'[2].
>
> 'Das Mittel des Preisunterbietens bei nicht preisgebundenen Waren ist eine im Leistungswettbewerb alltägliche und ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht sittenwidrige Maßnahme'[3].

---

1) BGH vom 16.3.1954 BGHZ 13, 33 (37) - Warenkredit
2) BGH vom 7.10.1958 LM Nr.71 zu § 1 UWG - Italienische Note
3) BGH vom 14.7.1954 WuW/E BGH 76 (78) Händlerrabatt

'Behinderungswettbewerb liegt vor, wenn die Ware des Mitbewerbers nicht durch Leistungswettbewerb (Güte, Preis, Kundendienst) vom Markt verdrängt wird, sondern der Mitbewerber durch wettbewerbsfremde Mittel vom Leistungswettbewerb ferngehalten wird'[1].

Statt des Leistungswettbewerbs wird jetzt noch unbestimmter auf den 'Grundsatz des Leistungswettbewerbs'[2], das 'Prinzip des Leistungswettbewerbs'[3], das 'Wesen des Leistungswettbewerbs'[4] und schließlich auf die 'Grundsätze des Leistungswettbewerbs'[5] abgestellt.
Ausdrücklich verwendet der Bundesgerichtshof den Leistungswettbewerb auch auf dem Gebiet der Werbung:

'... macht sich die zugkräftige Wirkung der Aussicht auf verbilligten bzw. kostenlosen Erwerb der angebotenen Ware zunutze, wirbt also ... nicht mit der Qualität und Preiswürdigkeit der angebotenen Ware, sondern mit einem Mittel, das dem Prinzip des Leistungswettbewerbs fremd ist.'[6]

'... daß bei der Werbung entgegen dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs die Güte der Ware keine Rolle mehr spielt, sondern nur noch die Hoffnung auf die Prämien.'[7]

'... daß der Gesetzgeber auch der Gefahr der unsachlichen Beeinflussung des Kunden durch die Zugabe entgegentreten wollte. Diese Gefahr, die für die Wertreklame in besonderem Maße charakteristisch ist, da

---

1) BGH vom 6.12.1961 GRUR 1962, 198 (200) - Franziskaner
2) BGH vom 15.12.1953 BGHZ 11, 260 (265) - Kunststoff=Figuren I; BGH vom 23.1.1959 LM Nr.78 zu § 1 UWG - Bienenhonig
3) BGH vom 3.12.1954 BGHZ 15, 356 (365) - Progressive Kundenwerbung
4) BGH vom 7.10.1958 LM Nr.71 zu § 1 UWG - Italienische Note
5) BGH vom 13.11.1951 LM Nr.3 zu § 1 UWG - Dauerdose
6) BGH vom 3.12.1954 BGHZ 15, 356 (365) - Progressive Kundenwerbung
7) BGH vom 23.1.1959 LM Nr.78 zu § 1 UWG - Bienenhonig

hier auf den Kunden - entgegen dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs - durch außerhalb der Güte und Preiswürdigkeit der Ware liegende Mittel eingewirkt wird, ...'[1)]

Aus der zuletzt genannten Entscheidung, die die Frage der Zulässigkeit einer Zugabe in Form von kleinen, aus Kunstharz gepreßten Eisenbahneinzelteilen zum Gegenstand hatte, ergibt sich als Einschränkung für den Leistungsbegriff, daß nicht der konkrete Inhalt des auf den Markt gebrachten Angebotes im umfassenden Sinn eine Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs ist, sondern nur die Hauptleistung, im Unterschied zu der nach § 1 Abs. 1 ZugabeVO neben dieser angebotenen, angekündigten oder gewährten Zugabe. Dennoch wird außer der Güte und dem Preis der Ware auch der Kundendienst zum Leistungswettbewerb gezählt[2)], der zwar in der Regel wie die Zugabe kein Bestandteil der Hauptleistung ist, aber doch die Hauptleistung ergänzt. Er kann als Eigenschaft der Ware angesehen werden, wozu außer der natürlichen Beschaffenheit der Sache auch jene tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zählen, die durch ihre Beschaffenheit und Dauer nach allgemeiner Verkehrsanschauung auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung des Gegenstandes von Einfluß sind[3)], unabhängig davon, ob der Sprachgebrauch es erlaubt, das Vorliegen eines Umstandes in Form eines Eigenschaftswortes auszudrücken. Mag sich auch der Kundendienst weniger auf den einzelnen angebotenen Gegenstand beziehen, als vielmehr Ausfluß der Unternehmensleistung in ihrer Gesamtheit und eine zusätzliche Marktleistung sein, so handelt es sich bei ihm im Unterschied zur Zugabe doch um einen auf die Hauptleistung bezogenen Umstand, der den Wert der angebotenen Ware erhöht. Dies wird besonders bei hochspezialisierten

1) BGH vom 15.12.1953 BGHZ 11, 260 (265) - Kunststoff=Figuren I
2) BGH vom 6.12.1961 GRUR 1962, 198 (200) - Franziskaner
3) so bereits das RG vom 21.5.1885 JW 1885, 246

technischen Geräten der Fall sein, bei denen der Kundendienst nahezu ebenso wichtig wie die Ware selbst sein kann.

Der Bundesgerichtshof hat also den Leistungsbegriff des Reichsgerichts nicht verlassen, auch er faßt ihn nicht als die Gesamtheit der von einem Unternehmen erbrachten Marktleistung auf. Leistung ist nach wie vor der gegenständliche Ausdruck des einzelnen Angebotes, worunter aber nicht nur die Beschaffenheit der Hauptleistung wie die Güte einer Ware, sondern auch andere, nach der Verkehrsanschauung erhebliche und mit der Hauptleistung in Zusammenhang stehende Umstände zählen. Dies zeigt sich auch in der Künstlerpostkarten-Entscheidung[1], in der der Bundesgerichtshof den Leistungsbegriff auf Umstände erstreckt, die zur Erstellung des Angebotes führen, sofern sie nur auf die allgemeine Wertschätzung Einfluß haben können: In dem Hinweis, daß die angebotenen Postkarten von körperbehinderten Künstlern angefertigt seien, sieht der Bundesgerichtshof 'ein Leistungselement besonderer Art'.

Wie bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichts[2], so ist der Leistungswettbewerb im Grunde auch für den Bundesgerichtshof nur eine Floskel[3]. Aus dem Begriff werden rechtlich erhebliche Folgerungen nicht gezogen. Zwar führt der BGH mehrfach den 'lauteren Leistungswettbewerb' an[4], der sich keiner irreführenden Mittel bedienen dürfe, sondern zu dem eine 'wahre, offene und klare Preisgestaltung' gehöre; zugleich wird aber einschränkend festgestellt, daß nicht jede Abweichung vom 'idealen Leistungswettbewerb' als einem wichtigen Grundsatz des freien Wettbewerbs ein

---

1) BGH vom 11.11.1958 LM Nr.77 zu § 1 UWG
2) s.o.S. 19 ff., 48 ff.
3) vgl. außer den in diesem Kapitel zitierten Entscheidungen die Nachweise S.5 Fn.4
4) BGH vom 17.12.1952 WuW/E BGH 38 (Leitsatz);
BGH vom 11.11.1958 LM Nr.77 zu § 1 UWG - Künstlerpostkarten;
BGH vom 21.5.1965 BB 1965, 761

wettbewerbswidriges und mit dem Vorwurf der Unlauterkeit zu belegendes Verhalten darstellt. Besondere Verhältnisse könnten es vielmehr rechtfertigen, den Wettbewerb auf einer anderen Ebene auszutragen[1]. Rückschlüsse auf die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung lassen sich dann aber aus dem Vorliegen von Leistungswettbewerb nicht ziehen.

IV. Die makro-ökonomische Betrachtungsweise des Leistungswettbewerbs im GWB.

1. Darstellung

Ausgehend vom Sinn der Wirtschaft, dem Zweck und der Funktion des Wettbewerbs im allgemeinen, schreibt diese volkswirtschaftliche Betrachtungsweise dem Leistungswettbewerb eine überragende Bedeutung zu. Sie beruht hauptsächlich auf den Wirtschaftsvorstellungen des Neoliberalismus und hat insbesondere im Zusammenhang mit der Diskussion um das GWB wesentlich zur Verbreitung des Begriffes auch im Wirtschaftsrecht beigetragen.
Auf die seit etwa 1930 dem Leistungswettbewerb zugeschriebene Ordnungsfunktion wurde bereits hingewiesen. Leistungswettbewerb ist oder soll das Ordnungs- und Koordinationsprinzip der gesamtwirtschaftlichen Beziehungen sein[2]: Die

---

1) BGH vom 13.2.1961 BGHZ 34, 264 (270) - 1-Pf=Süßwaren
2) Das Ordnungsprinzip heben u.a. hervor: Baumbach-Hefermehl Einl. UWG II Rdnr.71; Benisch, Leistungswettbewerb S.18 f.; Böhm, Wettbewerb S.212; Eucken, Grundprinzip S.38; ders., Grundlagen S.241; Griesbach BB 1962, 1011; Schlüter S.63 f.; Ilau, Wettbewerbsregeln S.9; Ohm, Definitionen S.246; Pfister S.568; Röper, Verwirklichung S.265; Schwarzfischer S.357; Steindorff S.77; bezogen auf das Wettbewerbsrecht im Nationalsozialismus: Berg, S.10 ff.

zahllose Wirtschaftspläne der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten sollen in einer Verkehrswirtschaft durch das Zusammenwirken von 'Kaufkraft-'[1] und Leistungswettbewerb aufeinander ausgerichtet werden. Dabei hilft der 'Kaufkraftwettbewerb' die Nachfragepläne der Konsumenten zu verwirklichen, während der Leistungswettbewerb bewirken soll, daß nur die nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verfahrenden Erzeuger und Verteiler Aussicht haben, ihre Pläne durchzusetzen[2].

Diese Betonung der Ordnungsfunktion ist vor allem auf die Weltwirtschaftskrise mit dem Zusammenbruch des Liberalismus zurückzuführen[3]. Eine Gegenreaktion zu dem 'weltanschaulichen Prinzip der Bindungslosigkeit'[4] des Liberalismus mußte schon des äußeren Anscheins wegen das Wirtschaftschaos ordnen wollen und das Ordnende der von ihr vertretenen Wirtschaftspolitik besonders hervorheben.

Der Ordnungsgedanke kommt in der Präambel des sog. 'Josten-Entwurfes eines Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs'[5] zum Ausdruck, die von dem 'Ordnungsprinzip des Leistungswettbewerbs' und einer 'Ordnung der Wirtschaft nach den Grundsätzen des freien Leistungswettbewerbs' spricht. Auch die'Stellungnahme des Sachverständigenausschusses zu einigen grundsätzlichen Fragen der deutschen Monopolgesetzgebung' geht davon aus, daß die Rechtsordnung auf eine 'Wirtschaftsordnung der sozialen Marktwirtschaft und des freien Leistungswettbewerbs' ausgerichtet werden müsse und dieses Ziel mit dem Josten-Entwurf erreicht werde[6].

---

1) s.o.S.35
2) Böhm, Wettbewerb als Instrument S.89
3) Röper, Verwirklichung S.265; s. auch oben S.6 ff.
4) Kautter S.31 ff., s.o.S.7
5) s.o.S.11
6) IIIa und IV des Gutachtens; Ohm, Volkswirtschaftspolitik S.114 hebt das stark ausgeprägte Ordnungsbewußtsein in der sozialen Marktwirtschaft hervor.

Hier zeigt sich als Charakteristikum der makro-ökonomischen Sicht, daß die einzelne Wettbewerbshandlung weitgehend unberücksichtigt bleibt. Die gesamte Wettbewerbswirtschaft wird gleichsam im Querschnitt untersucht, wobei der Leistungswettbewerb als Summe bestimmter einzelner Wettbewerbsvorgänge erscheint. Weder die vertikale Beziehung des Unternehmers zum Abnehmer, noch der konkrete Wettbewerbsvorgang als Form der Auseinandersetzung mit den Mitbewerbern wird bei dieser kollektiven und statischen Sicht erfaßt, sondern die horizontalen Beziehungen der Wettbewerber untereinander in ihren gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen[1]. Dennoch hat auch diese makro-ökonomische wie die mikro-ökonomische, individualrechtliche Betrachtung des Leistungswettbewerbs den wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen selbständigen Unternehmern zum Ausgangspunkt.
Die obigen Zitate lassen bereits erkennen, daß bei dieser gesamtwirtschaftlichen Betrachtung weniger die konkrete Wirtschaftsordnung, als vielmehr wirtschaftspolitische Vorstellungen eine Rolle spielen, nach denen die Wirtschaft ausgerichtet werden soll. Wirtschaftlicher Fortschritt, Höchstleistungen zugunsten der Allgemeinheit und ähnliche dem Leistungswettbewerb zugeschriebene Folgen führen zu seiner allgemein positiven Bewertung und lassen ihn als Idealbild des wirtschaftlichen Wettbewerbs erscheinen: der 'geregelte' Leistungswettbewerb wird Forderung und Zielsetzung der Wirtschaftspolitik[2].

Die überaus positive Bewertung des Leistungswettbewerbs zeigt sich bereits sprachlich in der Antithese von Wirtschafts'krieg' und geregeltem, geordnetem Leistungswettbewerb bzw. Leistungs'kampf'. So definiert auch Böhm den Leistungswettbewerb als 'eine geordnete Kampfveranstaltung, bei der alle Beteiligten ein und dieselbe sozialförderliche

---

1) Ilau, Wege zur Sicherung S.200
2) Recktenwald S.64

Fähigkeit an der Lösung ein und derselben Aufgabe versuchen und bei der der Siegespreis demjenigen zufällt, der die Aufgabe am besten gelöst hat'[1]. Das Recht lasse den Wettbewerb als (Wett-)kampf zu und setze damit ein besonders geartetes Verteilungssystem an die Stelle der rechtlich normierten Stellenbesetzung oder Gütereinweisung[2]. Dieser vom Recht zugelassene Kampf sei aber kein Wirtschaftskrieg, sondern das Gesetz ordne das Verteilungsverfahren zugleich dadurch, daß es den Kampf ausschließlich auf eine im Interesse des wirtschaftlichen Fortschritts und der sozialen Gerechtigkeit liegende 'wirtschaftliche Qualifikation'[3] beschränke. Diese spezifische Kampftugend der freien Wettbewerbswirtschaft sei die 'ehrliche und echte wirtschaftliche Leistungskraft'[4]. Der Wettbewerb ähnele dann einem Preisausschreiben, einem Staatsexamen oder Sportwettkampf[5] und sei eine vom Recht angeordnete organisierte Ausleseveranstaltung zugunsten der Allgemeinheit[6], ein Antriebsmittel zur Leistungssteigerung zugunsten des Volksganzen[7].

Diese Wertschätzung der Ordnung hängt mit der Mehrdeutigkeit des Ordnungsbegriffes[8] zusammen. Auf die Wirtschaft bezogen steht er einmal stellvertretend für die Gesamtheit der Formen, in denen der Wirtschaftsprozeß jeweils abläuft. Konkrete Tatbestände werden zusammengefaßt und gegliedert. Es

---

1) Böhm, Wettbewerb S.212
2) Böhm, Wettbewerb S.108 f.; nach Böhm, Wettbewerb S.18 liegt der Wettbewerbsbegriff im Sinne des 'strengeren und exakteren Maßstab(es) der Wirtschaftswissenschaft, d.h. der vollständige Wettbewerb der Freiburger Schule, dem gesamten Privat- und Gewerberecht zugrunde'.
3) Böhm, Wettbewerb S.109
4) Böhm, Wettbewerb S.73; ders.: Ordnung S.123; ders.: Wettbewerb als Instrument S.90
5) Böhm, Ordnung S.124
6) Böhm, Wettbewerb S.109; ders.: Ordnung S.124
7) Elster S.3; Schramm S.436
8) Eucken, Grundlagen S.238 ff.; Nawroth S.394; Peter S.24, 49, 109

handelt sich um die Erklärung der faktischen Ordnung, des Geordnetseins. Der Ordnungsbegriff steht aber auch für den ORDO als normative Ordnung, die dem Wesen des Menschen und der Sache entspricht und 'in der Maß und Gleichgewicht' herrschen[1]. Neben die Untersuchung der bestehenden Wirtschaftsordnung tritt daher die Suche nach einer besseren und gerechteren Ordnung. Ihr Kern soll der freie Markt und der Leistungswettbewerb sein[2].

Auf die häufige Verwechslung von 'Zustand und Ordnung, von Norm und Tatbestand, von Sein und Sollen' hat bereits Böhm hingewiesen[3]. Nach ihm befaßt sich die wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung auch nicht mit der Untersuchung des tatsächlichen Wettbewerbs, sondern mit der Ordnung, der der gewerbliche Wettbewerb zu unterstellen ist, wenn das Ziel erreicht werden soll, mittels Wettbewerb eine freie Verkehrswirtschaft zu ordnen[4]. Von hier aus gesehen ist die Ordnung durch (im) Leistungswettbewerb dann nicht mehr wertfrei, sondern die wünschens- und erstrebenswerte Ordnung. Diese 'freie, natürliche, gottgewollte Ordnung'[5] soll die Wirtschaftspolitik verwirklichen. Daher vermischen sich im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb häufig Aussagen über die reale Wettbewerbsordnung und wirtschaftspolitische Vorstellungen einer idealen Wettbewerbsordnung, die wiederum weitgehend auf neoliberalen Anschauungen beruht. Der Begriff Leistungswettbewerb erhält so einen normativen Inhalt[6] und wird Teil der Ideologie des Neoliberalismus. Soweit andere wirtschaftsphilosophische

---

1) Eucken, Grundsätze S.372
2) Röpke, Gesellschaftskrisis S.364
3) Böhm, Ordnung S.124; auch Eucken, Grundprinzip S.39
4) Böhm, Ordnung S.124
5) Eucken, Grundsätze S.176
6) Joetze S.31; Merkel S.68; Wagen S.98 f.; wohl auch Kraft S.224. Als wertneutral sehen den Leistungswettbewerb an: Hellmann S.11; Reimann WuW 1957, 622;v. Büren, Komm. Allgemeines Rdnr.24, nach dem aber das Leistungsprinzip einen sittlich-praktischen Wertmaßstab erhalten soll.

Richtungen außer dem Neoliberalismus den Begriff verwenden[1], finden sich keine näheren Anhaltspunkte für eine inhaltliche Bestimmung. Hier wird verständlich, daß neben die Vorstellung vom Leistungswettbewerb als einem neutralen Koordinationsmechanismus und Steuerungsmittel der gesamtwirtschaftlichen Beziehungen[2] in den Begriff auch die Ziele der bisherigen Wirtschaftspolitik einfließen, die vom Neoliberalismus beeinflußt, die Ordnung durch und die Herstellung und Erhaltung des Leistungswettbewerbs in einer Wettbewerbsordnung in den Vordergrund stellt[3].

Der enge Zusammenhang des Leistungswettbewerbs mit neoliberalem Gedankengut zeigt sich bei Eucken in der Identifizierung von Leistungswettbewerb und der Marktform der vollständigen Konkurrenz[4]. Dem Leistungswettbewerb, aber auch dem Wettbewerb allgemein[5], wird dabei neben der Funktion,

---

1) Nach Ohm, Definitionen S.243 wird der Begriff von Vertretern nahezu aller wirtschaftspolitischer Strömungen beansprucht. Nemitz, S.53 für den freiheitlichen Sozialismus.

2) Eucken, Grundprinzip S.29; Ohm, Definitionen S.246; Röper MA 1964, 381

3) Arndt S.43

4) Eucken, Grundsätze S.247; ders. anscheinend anders, Grundprinzip S.30, 38; Gleichsetzung oder starke Annäherung auch bei Böhm, Wettbewerb S.18; v. Brunn, Gedanken S.56 f.; Hellwig WuW 1959, 395; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar, 1.Aufl. § 1 Rdnr.23; Preiser S.121; Seraphim S.190; Wartenburg S.19 f., 30; vgl. auch Benisch, Leistungswettbewerb S.19; Merkel S.69; Röper, Verwirklichung S.275. Auch der Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, BT-Drcks. Nr.478, 2.Wahlperiode, geht von 'wirksamem' Leistungswettbewerb aus, wenn u.a. kein Marktteilnehmer auf die Preisgestaltung am Markt bestimmenden Einfluß nehmen könne. Zu den Voraussetzungen sowie den sachlichen und terminologischen Unterschieden wiederum über die 'vollständige Konkurrenz' Dürr S.75 ff.; Borchardt-Fikentscher S.1 ff.

5) Hierbei liegt in der Regel eine Gleichstellung von Wettbewerb und vollständiger Konkurrenz vor, z.B.: Begründung zu dem Entwurf eines GWB, BT-Drcks. Nr.1158, 2. Wahlperiode, S.21 A I, S.24 IV; Stellungnahme der Bundesreg. zu BKA-TB 1964 S.2;Caminada S.15;v.Castelberg S.45 f. 76,78;Preiser S.116;vgl. Röper, Konkurrenz S.23

die Interessen aller Wirtschaftsbeteiligten zu koordinieren, auch die Tendenz zur Leistungssteigerung, zur Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Produktion und zur gerechten Berufsauslese[1] zugeschrieben, auf Grund deren der Tüchtige eine Vorrangstellung erlange[2].

Nach Griesbach stellten Theoretiker unter dem Einfluß Euckens fest, daß im Modell der vollständigen Konkurrenz die 'ökonomischen und gesellschaftlichen Ziele einer freiheitlichen Ordnung optimal erreicht werden, weil in ihm das Optimum an freier wirtschaftlicher Betätigung zusammentrifft und dadurch eine leistungsgerechte Einkommensverteilung bewirkt wird'[3]. In diesem theoretisch entwickelten Marktmodell des vollständigen Wettbewerbs wird der Wirtschaftsprozeß in erster Linie durch die Preise gelenkt, die sich im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage bilden und in deren Höhe sich die Knappheit der angebotenen Güter ausdrückt. Der jeweilige Preis ist für den Anbieter ex definitione eine vom Markt diktierte Größe, die er entweder als von seinem Verhalten unabhängig ansieht[4], oder die im wesentlichen von seinem Verhalten unabhängig ist[5]. Der einzelne Produzent nimmt also den Preis als für ihn unabänderliches Datum vom Markt. Als 'Preisnehmer' wird er dann nicht versuchen, seinen Gewinn durch höhere Preise zu steigern, da er zu höheren als den Marktpreisen - das Angebot homogener Güter und zweckrationales Handeln der Nachfrager vorausgesetzt - keine Güter absetzen kann. Vielmehr wird der Unternehmer seinen Gewinn dadurch zu steigern versuchen, daß er seine Produktion solange vergrößert, wie der

---

1) Böhm, Wettbewerb S.73; Eucken, Grundsätze S.249; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar 1.Aufl. § 1 Rdnr.22 f.
2) v. Brunn, Gedanken S.58
3) Griesbach BB 1962, 1011
4) Eucken, Grundlagen S.96
5) Böhm, Wettbewerb S.18/19; ders., WuW 1953, 180; Begründung zum Entwurf eines GWB, BT-Drcks. Nr.1158, 2. Wahlperiode, S.22

Marktpreis der Ware über seinen betrieblichen Kosten liegt[1] und (oder) indem er die Herstellungskosten herabdrückt. Bei einem Anbieterwettbewerb soll dann eine Kostensenkung größeren Ausmaßes, etwa auf Grund einer umwälzenden Erfindung, zu weiteren Produktionserhöhungen führen, als deren Folge wiederum sich das von der Knappheit der angebotenen Güter abhängige allgemeine Preisniveau senkt. Der Preis werde sich dadurch schließlich den Selbstkosten nähern[2]. So soll der Leistungswettbewerb das Eigeninteresse der Anbieter zwangsläufig in den Dienst der Konsumenten stellen[3].
Da bei vollständiger Konkurrenz der Unternehmer durch Preisänderungen seinen Absatz und Gewinn nicht erhöhen kann, liegt eigentlicher Preiswettbewerb nicht vor[4]. Bei einem derartigen Ausgangspunkt wird die Meinung verständlich, daß Preiswettbewerb kein Leistungswettbewerb sei[5]. Die gegenteiligen Ansichten[6] haben nicht das Marktmodell der vollständigen Konkurrenz im Auge, sondern den tatsächlichen Wettbewerb, in dem der Wettbewerber durch Preisänderungen seinen Absatz und Gewinn in gewissen Grenzen beeinflussen kann.
Ist der Unternehmer in der Marktform der vollständigen Konkurrenz 'Preisnehmer', so ist bei vollständiger Konkurrenz nicht auszuschließen, daß er seinen Einfluß zur Marktstrategie benutzt. Der marktstarke Anbieter, der Preise und produzierte Gütermenge weitgehend selbst bestimmen kann, ist nicht mehr gezwungen, sich den Wünschen der Nachfrager anzupassen. Damit verliert die Kaufkraft des Kunden ihren entscheidenden Einfluß auf die Güterproduktion und der Preis

---

1) Der Anbieter wird 'Mengenanpasser'.
2) Böhm, Wettbewerb als Instrument S.66, 71; Miksch, Gebundene Konkurrenz S.99 ff.
3) Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.68
4) Röper, Probleme S.569; Willeke S.165 f.
5) Metzner S.242
6) s.o. S.33 und die Definitionen oben S.28 f.

wird seiner Funktion als Knappheitsanzeiger beraubt. Bei unvollständiger Konkurrenz drohe daher aus dem wirtschaftlichen Wettbewerb ein Kampf um die wirtschaftliche Macht zu werden, der in 'Gruppenanarchie'[1] ausarte. Um die sich hieraus ergebenden Störungen zu vermeiden, müsse der Markt deshalb so organisiert werden, als ob vollständige Konkurrenz vorhanden sei. Nur diese Marktform, in der die von Oligopolisten betriebene Markt(preis)strategie fehlt[2], unterwerfe den einzelnen Unternehmer der Kontrolle des Marktes, entmachte ihn weitgehend und zwinge zur Leistungssteigerung[3]. Verträgt sich daher vollständige Konkurrenz und der damit gleichgesetzte oder in engen Zusammenhang gebrachte Leistungswettbewerb nicht mit Marktstrategie, so ist Monopolkampf, wie überhaupt der Einsatz von Marktmacht, kein Leistungswettbewerb: 'Monopolkampf ist Nichtleistungskampf zum Zweck der Eroberung oder Verteidigung einer Monopolstellung gegen Außenseiter'[4].
Noch weitergehend soll der freie Leistungswettbewerb bereits mit dem Bestehen monopolistischer Machtgebilde jeder Art unvereinbar sein[5]. Damit wird der Machtkampf als mögliche Folge des oligopolistischen Wettbewerbs verallgemeinert und bei dem Leistungswettbewerb vom tatsächlichen Marktverhalten der Wettbewerber vollständig abgesehen.

Nach der bisherigen Darstellung hat Leistungswettbewerb also weitgehende Einflußlosigkeit der Wettbewerber auf dem Markt zur Voraussetzung[6], wie es im 'atomistischen' Wettbewerb bei vielen konkurrierenden Marktteilnehmern der Fall

---

1) Eucken, Grundprinzip S.36; Miksch, Wettbewerb S.102 f.
2) Eucken, Grundsätze S.247; Preiser S.118
3) Eucken, Grundsätze S.237
4) Böhm, Wettbewerb S.74; Böhm-Entwurf § 20 s.o.S.27 f.; Albrecht S.18; Benisch WuW 55, 425; Elster S.3; Klug JW 1934, 2672; Mestmäcker WuW 1955, 285; Rietschel S.25; Sölter, Preiswettbewerb S.193;
5) Thesen für ein Grundgesetz der Wirtschaftsordnung S.174
6) Miksch, Gebundene Konkurrenz S.99; Preiser S.119 ff.

ist. Mindestens aber erfordert er vom einzelnen Unternehmer ein Verhalten, als könne er keinen Einfluß auf das Marktgeschehen nehmen, wie es auch bei und trotz oligopolistischen Wettbewerbs mit nur wenigen konkurrierenden Marktteilnehmern der Fall sein kann. Der nur negativ als Nichtbehinderungswettbewerb umschriebene Leistungswettbewerb sei durch Wettbewerbsbeschränkungen infolge individueller oder kollektiver Machtstellungen gefährdet, da sie zu einer Verfälschung der wettbewerblichen Leistung führen könnten[1]. Um dieser Gefahr zu begegnen, müsse der Staat entweder den vollständigen Wettbewerb 'veranstalten'[2], oder einen Zustand herstellen, als bestände vollständige Konkurrenz[3], also dafür sorgen, daß Monopole und Träger sonstiger wirtschaftlicher Macht einer Kontrolle unterworfen werden[4]. Vor dem Erlaß des GWB wurde daher auch die Forderung erhoben, zugleich mit einem Amt für Leistungswettbewerb, ein Monopolamt zu schaffen[5].

Das Mißtrauen gegenüber jeglicher privater Marktmacht[6], auf Grund deren die Mitbewerber leistungswidrig geschädigt werden könnten[7], liegt in der Annahme begründet, daß das Streben nach Macht zu einem 'monopolistischen Mißbrauch der Freiheit' führe[8]. Die Forderung nach Einschränkung und Kontrolle von wirtschaftlichen Machtpositionen ist daher zugleich die Forderung nach Freiheit von privatwirtschaftlichen oder staatlichen Interventionen. Das Problem der wirtschaftlichen Macht wird zur Kehrseite des Freiheitsproblems

---

1) Albrecht S.18
2) Haussmann, Antitrustgedanke S.57, spricht von 'inszeniertem Wettbewerb' bei Böhm.
3) Miksch, Gebundene Konkurrenz S.104
4) Grundsätze der CDU/CSU Deutschlands, 1950, Abdr. Mommsen, deutsche Parteiprogramme S.150
5) Pfister S.558
6) Eucken, Grundprinzip S.35 ff.; Begründung zum Entwurf eines GWB, BT-Drcks. Nr.1158, 2. Wahlperiode S.22
7) Mestmäcker WuW 1955, 296
8) Miksch, Wettbewerb S.4

in der modernen industrialisierten Wirtschaft[1].
Der zentrale Antimonopolismus des Ordoliberalismus[2] spiegelt sich in folgendem Zitat Böhms wider:

> 'Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Wirtschaftsordnung partikularen privaten Markteinfluß nicht dulden darf. Er gefährdet und zerreißt die Einheit und Folgerichtigkeit nicht nur des freien, sondern jedes denkbaren Wirtschaftssystems, spielt wirtschaftspolitische Führungsmacht in die Hände privatwirtschaftlich - gruppenegoistisch interessierter und politisch nicht verantwortlicher Privatleute, verschiebt die in der Gesamtordnung vorgesehene Einkommensverteilung und unterhöhlt die psychologisch-willensorientierenden und willenslenkenden Funktionen aller Einrichtungen der öffentlichen Wirtschaftsverfassung'[3].

Ihren Niederschlag fanden diese Vorstellungen 1948 in der Anlage zum 'Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik' und in dem sich hieran anschließenden GWB, das - abgesehen von Einflüssen der Besatzungsmächte - ebenso wie das Leitbild der sozialen Marktwirtschaft auf neoliberalen Anschauungen beruht[4]. Die makro-ökonomische Sicht des 'freien' Leistungswettbewerbs und damit weitgehend die Vorstellung der vollständigen Konkurrenz liegt so den Beratungen um das Kartellgesetz zugrunde[5], das als Teil 'der auf die Förderung und Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs ausgerichteten allgemeinen wirtschaftlichen und

---

1) Eucken, Grundsätze S.175; Günther MA 1959, 271
2) Eucken, Grundsätze S.375 f.; Dürr S.63 ff.
3) Böhm, Ordnung S.145, 160
4) Griesbach BB 1962, 1011; Günther MA 1959, 270; Miksch, Schutz des Wettbewerbs S.16; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar S.63
5) Isay, NJW 1955, 362; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines GWB, BT-Drcks., 2. Wahlperiode zu Nr.3644 S.8

rechtlichen Verfassung' die 'volkswirtschaftliche Leistung' steigern soll[1]. Dies und 'die bestmögliche Versorgung der Verbraucher' erfordern 'die Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen und die Kontrolle über die marktbeherrschenden Unternehmen'[2], wohingegen die Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen nach Ansicht der Bundesregierung den Leistungswettbewerb fördert[3].

Allgemein zeigt sich, daß die Behandlung der Marktmachtproblematik zu summarisch und unbestimmt ist, um im einzelnen nachprüfbar zu sein[4]. Es wird nicht auf das Marktverhalten der Unternehmer im konkreten Fall abgestellt, sondern verallgemeinert und nur mögliche Folgen der Marktmacht werden zum Regeltatbestand erhoben. Dabei werden die Großunternehmungen nahezu als der Gesamtwirtschaft abträglich hingestellt und es wird fingiert, daß sie ihre wirtschaftliche Macht zum Schaden der Allgemeinheit mißbrauchen. Zu erklären scheint diese Ansicht nur dadurch, daß von einem übermächtigen Gewinnstreben der Wirtschaftsbeteiligten ausgegangen wird, die keinerlei sozialen Bindungen oder sittlichen Beschränkungen unterworfen sind und die, isoliert von der übrigen Gesellschaft, auch unter Mißbrauch ihrer wirtschaftlichen Machtstellung nur nach Gewinnmaximierung streben. Auch bleibt die von v. Nell-Breuning aufgezeigte wünschenswerte Folge des Aufbaus wirtschaftlicher Macht unberücksichtigt, daß nämlich Wirtschaftszusammenschlüsse regelmäßig auch zu technologischer und ökonomischer Rationalisierung führen[5]. Offensichtlich kann auch der Flugzeug-

---

1) Begründung zu dem Entwurf Günther VI, Abdruck in: Schutz des Wettbewerbs in der sozialen Marktwirtschaft, S.130
2) Vorwort des Entwurfes Günther VI
3) Stellungnahme der Bundesregierung zu BKA-TB 1963, daselbst S.2
4) v. Dam S.53 und das dortige Zitat Liefmanns in Fn.53: "verfehlt ist es, ... zu glauben, daß mit unklaren Schlagworten, wie 'der Staat muß den Mißbrauch privater Macht im Interesse des Gemeinwohles verhindern' u.ä., irgendetwas von praktischer Bedeutung gesagt wird."
5) v. Nell-Breuning WuW 1952, 372

und Schiffsbau, die Herstellung hochspezialisierter elektronischer Geräte u.ä., vor allem im Hinblick auf den internationalen Wettbewerb, nur von Großunternehmungen zufriedenstellend durchgeführt werden, nicht aber von einer 'atomisierten' Wirtschaft. Die einseitig negative Beurteilung der Großunternehmungen wird daher auch von den Vertretern des Neoliberalismus nicht konsequent vertreten[1].

Der Leistungswettbewerb wird schließlich immer umfassender verstanden. Sämtliche Wettbewerbsverzerrungen werden von ihm ausgenommen, da auch sie zu einer Verfälschung der wettbewerblichen Leistung führen könnten. Dazu rechnet neben dem Einsatz von Marktmacht der Subventionismus, als eine der wichtigsten und gefährlichsten Formen der außermarktlichen Bevorzugung, durch die ein Wettbewerber anders als durch wirtschaftliche Leistung einen Konkurrenzvorsprung erhalte[2]. Mit Begriffen wie 'Wettbewerbsverfälschungen' und'Wettbewerbsverzerrungen' werden aber lediglich andere unbestimmte Begriffe mit dem Leistungswettbewerb in Verbindung gebracht, da auch sie überwiegend von subjektiven Vorstellungen abhängen, ohne einer objektiven und allgemeingültigen Präzisierung zugänglich zu sein. Bereits die unterschiedlichen vor Erlaß des GWB zum Kartellproblem vertretenen Ansichten, die in der Diskussion hinsichtlich einer Verbots- oder Mißbrauchsgesetzgebung gipfelten, zeigen auf einem Teilbereich die Schwierigkeit, wenn nicht gar Unmöglichkeit allgemeingültiger Erkenntnisse.

Wie auf der Anbieterseite liegt Leistungswettbewerb als machtfreier und unverfälschter Wettbewerb[3] dann nicht vor, wenn auf der Nachfrageseite Marktmacht eingesetzt wird. Neben Boykott und Sperren werden aus diesem Grunde beispielsweise nicht zum Leistungswettbewerb gezählt: die

---

1) Ohm, Definitionen S.256 f. m.w.N.
2) Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.68
3) Röpke, Gesellschaftskrisis S.364

durch marktstarke Abnehmer erzwungene Vorzugsbehandlung in Form von Mengen-, Funktions- und Treuerabatten, Ausschließlichkeits- und Gegenseitigkeitsverträge sowie der Kaufscheinhandel[1]. Auch bei ihnen bestehen nicht mehr die 'Erfolgsmittel in der rein psychologischen Einwirkung auf den freien Willen des Kunden durch vergleichsweise Zurschaustellung der Ergebnisse der eigenen ökonomischen Leistungskraft', wie es Böhm für die einzelne zum Leistungswettbewerb gehörige Handlung voraussetzt[2].
Hier zeigt sich bei der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung des Leistungswettbewerbs ebenfalls die Tendenz zur Verallgemeinerung. Es bleibt unberücksichtigt, daß die Vorzugsbehandlung einzelner Abnehmer keineswegs erzwungen zu sein braucht. Vielfach wird der Anbieter, um mit einem Großabnehmer in Geschäftsverbindung zu bleiben oder um neue Geschäftsverbindungen anzuknüpfen, von selbst Zugeständnisse machen. Der Abnehmer wirkt in diesem Fall nur über die Menge der abzunehmenden Waren sowie der damit verbundenen Vorteile auf den Anbieter ein, und allein die Abschlußfreiheit des Nachfragers übt einen Zwang auf den Anbieter aus, dem potentiellen Vertragspartner größtmögliche Vorteile in Aussicht zu stellen. Das Verhalten des Unternehmers aber soll anscheinend anders bewertet werden, als das des Konsumenten im oben skizzierten Modell. Der Konsument soll seine Kaufkraft einsetzen und durch sein egoistisches Streben nach bester und günstigster Befriedigung seines Bedarfes den Unternehmer zu immer besseren Leistungen zwingen. Ist der Abnehmer aber ein kapitalkräftiger Unternehmer, der seine Kaufkraft gegenüber seinem Lieferanten einsetzt, um diesen dadurch zur Gewährung von Vorteilen zu bewegen, die er möglicherweise an seine Kunden weitergibt, so soll

---

1) Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, zit. Raesch, Die Zeit vom 29.4.1966 Nr.18 S.36; dies., MA 1965, 859; Böhm, Wettbewerb S.75; Mestmäcker WuW 1955, 296; BKA-TB 1965 S.13
2) Böhm, Wettbewerb S.73

das gleiche Verhalten kein Leistungswettbewerb sein und als unerwünscht unterbunden werden. Auch der marktstarke Abnehmer kann aber die Stellung des Kunden im Modell einnehmen und ist Konsument beim Einkauf der Gegenstände, die in seinem Betrieb verbraucht werden, ohne auf die Produktionsherstellung Einfluß zu haben. Der Unternehmer ist hier zugleich Verbraucher und unterscheidet sich vom nichtgewerblichen Abnehmer nur durch sein größeres Kapital. Bei dem generellen Ausschluß von Mengen- und Funktionsrabatten vom allgemein positiv bewerteten Leistungswettbewerb, also einer mindestens sprachlichen Diskriminierung, scheint daher neben der Marktmachtproblematik auch die Forderung nach gleichen Startbedingungen aller Wettbewerber zugrunde zu liegen. Von den Mitbewerbern her gesehen sollen die Preise des Konkurrenten möglichst unverändert bleiben[1]. Seine Preise sollen 'eingefroren' werden und als feste Größe für die Mitbewerber kalkulierbar sein, damit diese ihr Wettbewerbsverhalten daran orientieren können. Von seiten des kapitalschwachen Konsumenten und Mitbewerbers aus, will und soll dieser die gleichen Chancen wie der Kapitalkräftige haben. Damit wird der Leistungswettbewerb mit Gleichheits- und zugleich Gerechtigkeitsvorstellungen verbunden: Je größer das Kapital, um so näher liegt die Vermutung, daß es auf Zufällen beruht und nicht auf der Tüchtigkeit und Arbeitskraft des einzelnen, wie es weitgehend als gerecht empfunden würde[2]. So sieht auch Eucken die Einkommensunterschiede nur teilweise in 'unterschiedlichen Leistungen im Dienste der Konsumenten' begründet, teilweise aber in monopolistischen oder ähnlichen Machtstellungen auf den einzelnen Märkten, worauf vornehmlich die Entstehung berühmter großer Vermögen (Rockefeller, Carnegie) zurückzu-

---

1) Nach Rietschel S.26 soll das 'Prinzip der Preislistentreue' sowie Nichtdiskriminierungsvereinbarungen den Leistungswettbewerb fördern.
2) Brunner S.183

führen sei[1]. Gerechterweise soll daher die faktische Eigentumsungleichheit neutralisiert und die Stellung des marktstarken Unternehmers der des kapitalschwächeren Konsumenten oder Mitbewerbers angeglichen werden. Für jeden sollen die gleichen Chancen bestehen und der Leistungswettbewerb nicht 'durch Kapitalkraft überlagert' werden[2]. So definiert auch Röpke: 'Leistungswettbewerb ist der unverfälschte, unter fairen und gleichen Bedingungen des Wettkampfes sich abspielende Wettbewerb, in dem sich der privatwirtschaftliche Erfolg nach der Höhe der Leistung für den Konsumenten bemißt'[3]. Dieser häufig gezogene Vergleich zwischen sportlichem Wettkampf und Leistungswettbewerb setzt stets die Startgleichheit der Wettbewerber voraus. Diese Startgleichheit hält Röpke für einen Teil der sozialen (kommutativen) Gerechtigkeit[4]. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Ausgangspositionen bei der gegebenen ungleichen Eigentumsverteilung fordert er deshalb auch eine Sozialreform mit weitgehender 'Diffusion des Eigentums'[5]. Die Frage, ob nur bei Startgleichheit der Wettbewerber Leistungswettbewerb vorliegen oder möglich sein soll und was im einzelnen unter der Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs zu verstehen ist, bleibt aber auch hier, wie allgemein bei der makro-ökonomischen Betrachtungsweise, unerörtert.

---

1) Eucken, Grundsätze S.316
2) Hellwig WuW 1959, 393; v. Wartenburg S.18 f.
3) Röpke, Gesellschaftskrisis S.364
4) Röpke, Gesellschaftskrisis S.364, nach dem das Leistungsprinzip auch der distributiven Gerechtigkeit entspricht, wonach 'jedem das Seine' zukommen und jeder nach seinem Wirtschaftsbeitrag am Sozialprodukt Anteil haben soll. Auch diese Leistungsgerechtigkeit soll nach Ansicht des Bundeskartellamts durch das GWB geschützt und gefördert werden, BKA-TB 1965 S.13, 15.
5) Röpke, Gesellschaftskrisis S.363

Eine andere, mit den Vergleichen aus dem Gebiete des Sportes zusammenhängende Sicht, kennzeichnet den Leistungswettbewerb vornehmlich als sittlichen Vorgang zwischen den Wettbewerbern, der eine ethische Einstellung der Mitbewerber zueinander erfordert. Der 'faire' und 'friedliche'[1] Leistungswettbewerb mit seiner dem sportlichen Wettkampf entlehnten kameradschaftlichen Gesinnung[2] soll herrschen, der unfaire und illoyale Behinderungs-, Verdrängungs- und Vernichtungswettbewerb ausgeschlossen werden[3].
'Im Rahmen des Leistungswettbewerbs habe jeder Kaufmann auf seine Mitbewerber Rücksicht zu nehmen'[4]. Der Leistungswettbewerb wird als Parallelkampf[5] und rein sachliche Beziehung des Nebeneinanders herausgestellt, die nach v. Wiese eine Mittelstellung zwischen dem Konflikt der Wettbewerber untereinander einerseits und der gegenseitigen Kooperation und Interessenförderung andererseits einnimmt[6]. Auch diese Ansicht läßt die Beziehung des Leistungswettbewerbs zu idealisierenden Vorstellungen sichtbar werden. Von hier droht die von Röper aufgezeigte Gefahr, daß der Wettbewerb unter dem Schlagwort 'Leistungswettbewerb' veredelt und gezähmt, also denaturiert wird und schließlich seine Auslesefunktion einbüßt[7]. Wird einerseits die Ansicht

---

1) Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.135
2) Rüstow, Ordo II.Bd. (1949) S.153
3) Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.68
4) Gutachten 17/1950
5) v. Castelberg S.45 ff. und Müller-Henneberg, Gemeinschaftskomm., 1.Aufl., § 1 Rdnr.21 vergleichen den Wettbewerb im allgemeinen mit einem Parallelkampf.
6) v. Wiese S.188
7) Röper, Probleme S.571; Benkendorff, Korreferat S.17; Ohm, Definitionen S.245 stellt zutreffend fest, daß ein Katalog dessen, was (abwertend) als Nichtleistungswettbewerb bisher bezeichnet wurde, nahezu alle Wettbewerbshandlungen umfassen würde; vgl. auch Rinck, Gute Sitten S.165: Die Rechtsprechung erwecke den Anschein, als strebe sie die Erhaltung gleicher Marktchancen für jeden an.

vertreten, daß Maßnahmen zur Intensivierung und aktiven Förderung des Wettbewerbs unerläßlich seien, um die mit dem GWB verfolgten Ziele zu erreichen[1], so wird auf der anderen Seite behauptet, eine verschärfte Konkurrenz könne zu Formen führen, die über die Grenzen des erwünschten Leistungswettbewerbs hinausgingen[2]. Welches diese Grenzen sind und wie festgestellt werden kann, ob sie im Einzelfall überschritten werden, bleibt jedoch wieder ungeklärt. Die Allgemeinheit und Abstraktion derartiger Aussagen läßt es auch zweifelhaft erscheinen, ob eine hinreichend sichere Grenzziehung überhaupt möglich ist. Wenn die Meinung vertreten wird, daß ein übersteigerter Preiskampf dem Leistungswettbewerb nicht selten abträglich sei[3], zeigt auch dies die Möglichkeit und Gefahr, unter Verwendung des Begriffes Leistungswettbewerb eine erwünschte Einschränkung des Wettbewerbs zu verschleiern: Der übersteigerte Preiskampf lenke den Unternehmer von den anderen Formen des Leistungswettbewerbs ab und zwinge häufig sogar zur Qualitätsverschlechterung und zu unsorgfältiger Arbeit. Aus diesem Grund müsse ein Gleichgewicht zwischen dem Preiswettbewerb und den sonstigen Arten des Leistungswettbewerbs herbeigeführt werden[4]. Ein den Wettbewerbern möglicherweise unbequemer Preiswettbewerb soll also von einem mangels näherer Kriterien kaum feststellbaren Intensitätsgrad ab zugunsten 'sonstiger Arten des Leistungswettbewerbs' eingeschränkt werden.

Schließlich soll der Leistungswettbewerb die 'volkswirtschaftliche Leistung' steigern[5]; im oder durch Leistungs-

---

1) BKA-TB 1961 S.7
2) BKA-TB 1963 S.2
3) Isay WuW 1954, 577; ähnlich BKA-TB 1965 S.9; Rietschel S.28 zum Preiswettbewerb bei homogenen Gütern.
4) Isay WuW 1954, 577
5) Griesbach BB 1962, 1011; Hoffmann JW 1935, 157; Ohm, Definitionen S.256; Schramm GRUR 1937, 436; Sprüngli S.148; Sölter WuW 1955, 233; s.S. 68, Fn.1

wettbewerb werde die Maximierung des Sozialproduktes als Zielsetzung klassischer liberaler Wirtschaftslehren[1] gewährleistet. Hiermit verbunden ist die Ansicht, daß Schutzgegenstand des Kartellrechts die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl seien[2].

Von hier betrachtet, ist Leistungswettbewerb dann nicht nur, wie in der individualrechtlichen Sicht ein Wettbewerb mit oder durch eine wie immer geartete einzelgewerbliche Leistung, sondern ein Wettbewerb, der (zugleich) einen Beitrag zur gesamtwirtschaftlichen Leistung bewirkt. Das Verhalten der Wettbewerber wird also im Hinblick auf ihren Beitrag zur Erfüllung gesamtwirtschaftlicher Aufgaben gesehen und damit die Nützlichkeit ihres wirtschaftlichen Verhaltens für die Gemeinschaft und die Gesamtwirtschaft zum Beurteilungsmaßstab. Für den Neoliberalismus ist diese soziale Leistung nach Nawroth der allgemeine Anstieg der Produktion[3]. Allein die Nachfragebedienung, der Einsatz der gewerblichen Leistung an der Stelle des Produktionsprozesses, an der sie zu diesem Zeitpunkt am dringlichsten benötigt wird, ist Leistungsmaßstab. Diese formale und utilitaristische Auffassung von der gesamtwirtschaftlichen Leistung als allgemeinem Produktionsanstieg zur Überwindung der wirtschaftlichen Knappheit, hängt wiederum mit der Summe der auf den Markt gebrachten Güter aller Wirtschaftsenden zusammen. Der Unternehmer, der die Knappheit durch die von ihm produzierten Waren überwinden hilft, erbringt zugleich einen Beitrag zu einer so verstandenen Leistung: Die wirtschaftliche Leistung wird mit der vom Unternehmer auf den Markt gebrachten Leistung

---

1) Rittig S.50
2) Möhring WuW 1954, 387
3) Nawroth S.344 mit eingehenden Nachweisen; Ohm, Definitionen S.245: Die Zielbezogenheit des Leistungswettbewerbs werde als solche rein ökonomischer Natur verstanden.

identifiziert[1]; makro- und mikro-ökonomische Sicht des Leistungswettbewerbs gehen ineinander über. In der Meinung, daß der Volkswohlstand in der Mehrung des materiellen Sozialproduktes zu finden sei, liegt vermutlich auch ein Grund für die Beschränkung des Leistungswettbewerbs vornehmlich auf den Wettbewerb mit materiellen Gütern. Infolge der Gleichsetzung von wirtschaftlicher und marktlicher Leistung fließen wiederum Vorstellungen vom Leistungswettbewerb in gesamtwirtschaftlicher Sicht in die Vorstellung vom Leistungswettbewerb als einzelner Wettbewerbshandlung ein, so daß die Verbindung zur mikro-ökonomischen Sicht nicht allein durch die Zielsetzung der Leistungsgerechtigkeit bewirkt wird[2].

Diese Vermischung von gesamtwirtschaftlicher und einzelgewerblicher Leistung ist auch im juristischen Schrifttum anzutreffen[3]. Herber stellt als Zwischenergebnis seiner Untersuchung fest, daß Leistung jede Vergrößerung des Sozialproduktes mit möglichst geringem Aufwand sei[4] und geht damit ebenfalls von einem rechnerisch-additiven Begriff des Sozialproduktes aus. Immaterielle Bedürfnisse finden keine Berücksichtigung. Ausdrücklich lehnt Herber die von v. Nell-Breuning vertretene Beschränkung des Leistungsbegriffes auf wertechte Leistungen, die dem kulturellen Lebensbedarf der Volksgemeinschaft dienen[5], ab. Selbst die Herstellung von Kitsch könne ein Bedürfnis befriedigen und die Erkenntnis des Bedürfnisses sowie die rationelle Herstellung des Produktes sei eine Leistung im wirtschaftlichen Sinne[6]. Herber

---

1) Nawroth S.347, 350; allgemein: Fricke, S.32; Herber S.23: Der Kunde müsse der Leistung den Vorrang geben können, 'die den größten eigenen wie volkswirtschaftlichen Gesamtnutzen erbringt'.
2) So aber Ohm, Definitionen S.248
3) Herber S.34, 39; Kunze S.23
4) Herber S.34, 39
5) v. Nell-Breuning, Wörterbuch der Politik Sp.276
6) Herber S.39

unterstellt dabei, daß ein Bedürfnis nach den produzierten Gütern besteht, die Erzeugnisse also auch absetzbar sind. Nicht erörtert wird von ihm, ob unverwertbare und nicht absetzbare Produkte das Sozialprodukt vergrößern und daher ein Wettbewerb mit ihnen Leistungswettbewerb ist oder nicht. Selbst das technisch vollkommenste Erzeugnis ist gesamtwirtschaftlich gesehen aber keine Leistung, wenn es keinen Abnehmer findet, also zu nichts dient.[1] Aus diesem Grunde wird auch häufig bei der Verwendung des Leistungsbegriffes in der Betriebswirtschaft die Absetzbarkeit der Produkte eingeschlossen[2].

Die gegen das 'Maximierungstheorem' erhobenen grundsätzlichen Einwände[3] richten sich im wesentlichen gegen die mangelnde Berücksichtigung immaterieller Bedürfnisse. Bei der Betrachtung der gesamtwirtschaftlichen Leistung als bloße Summe materieller Güter hat es den Anschein, als verlange die menschliche Wohlfahrt nur ein Höchstmaß an Wirtschaftlichkeit und Rationalisierung, wobei zudem kaum berücksichtigt wird, daß über die qualitative Zusammensetzung der produzierten Gütermenge die unterschiedliche Kaufkraft der Konsumenten entscheidet. Vom Standpunkt individueller Wünsche kann es sich um eine Verringerung der 'Leistung der Wirtschaft' handeln, wenn durch ein Spezialisierungskartell der Formenreichtum der Angebote eingeschränkt wird. Die Frage ist aber, ob spezielle Wünsche einer kapitalkräftigen Minderheit in den Vordergrund gestellt werden sollen, oder die sozialen Durchschnittsbelange der Mehrheit nach verbilligten standardisierten Gütern[4], wobei es letztlich

---

1) Forker S.44
2) Forker S.39 m.w.N.
3) Fricke S.27 ff.; Nawroth S.351 m.w.N.; Nemitz S.107 m.w.N.; Rittig S.50; ablehnend gegenüber dem Begriff der 'Wirtschaftlichkeit' als gesamtwirtschaftlicher Aussage, der in engen Zusammenhang auch mit der betrieblichen Leistung gebracht wird, Forker S.44 Fn.65, S.173 ff.; die Unmöglichkeit einer Messung des gesellschaftlichen Nutzens hebt Ohm, Definitionen S.256 hervor.
4) Beispiel von Rasch WuW 1952, 499

auf eine sozialpolitische Güterabwägung ankommt[1].

Der Volkswohlstand als Fundament der Wirtschaftswissenschaft und Hauptziel der Wirtschaftspolitik[2] soll durch Leistungswettbewerb erreicht oder im Leistungswettbewerb gewährleistet sein. Von derartigen obersten Zielen, deren Erkenntnis und Lösung wesentlich im Bereich der Wirtschafts- und Sozialphilosophie liegt, lassen sich aber Rückschlüsse auf den Begriff der Leistung und des Leistungswettbewerbs nicht ziehen. Noch im neueren wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum wird hervorgehoben, daß der Begriff des allgemeinen Wohlstandes keineswegs geklärt ist und voraussichtlich immer umstritten bleiben wird[3], also nicht einmal das mit dem Leistungswettbewerb angestrebte Ziel hinreichend genau bestimmt werden kann. Überdies steht gegenwärtig noch keine befriedigende Theorie der Produktivität zur Verfügung[4], so daß auch das Verhältnis zwischen der Marktleistung eines Unternehmers und dem Gemeinwohl selbst dann nicht geklärt werden könnte, wenn über den Wohlstand weitgehende Übereinstimmung herrschte.
Hingewiesen sei nur darauf, daß auch in der Verbindung von Leistungswettbewerb und Gemeinwohl ein weiterer Grund für die positive Bewertung des Leistungswettbewerbs liegt. Ethische Werturteile haben oft einen utilitaristischen Ursprung, so daß das Gemeinnützige meist als ethisch wertvoll, das Gemeinschädliche hingegen als das Böse angesehen wird[5]. Deshalb wird der 'gemeinnützige' Leistungswettbewerb zugleich als ethisch wertvoller Wettbewerb angesehen, der als solcher nicht gegen die guten Sitten im Sinne von § 1 UWG verstoßen, sondern allgemein zulässig sein wird:

---

1) Beste S.136: Inwiefern eine betriebliche eine wirtschaftliche Leistung sei, hänge davon ab, ob durch die Erzeugung des Betriebes 'gesamtwirtschaftlich wichtige Bedürfnisse in der zulässigen Folge der Dringlichkeit gedeckt werden können'.
2) Fricke S.27
3) Röper, Konkurrenz S.60 ff.
4) Fricke S.9
5) Machlup S.46

Der 'leistungsgerechte Wettbewerb' entspricht 'den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs'[1].

2. Zusammenfassende Stellungnahme

Die makro-ökonomische Betrachtungsweise umschreibt den Leistungswettbewerb als ein auf neoliberalen Vorstellungen beruhendes wirtschaftspolitisches Leitbild nur undeutlich. Überwiegend werden die angenommenen wünschenswerten Folgen des Leistungswettbewerbs betont, die mit dem 'klassischen Zieldreieck'[2] der Wirtschaftspolitik identisch sind: Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlstand sollen im oder durch Leistungswettbewerb gewährleistet sein. Allgemein herrscht bei den Erörterungen der Eindruck vor, als sei Wirtschaftspolitik der Jahre 1948 - 1966 schlagwortartig unter dem einprägsamen Begriff zusammengefaßt und nicht zuletzt werde aus Propagandagründen die 'ungehemmte Entfaltung des freien Leistungswettbewerbs' zum 'Kernstück der sozialen Marktwirtschaft'[3] erhoben. Der Leistungswettbewerb werde 'unter Ausschaltung von Differential- und Monopolgewinnen, von wirtschaftlichen Machtpositionen und gesellschaftlichen Privilegien eine gerechte Verteilung des Volkseinkommens und des Sozialproduktes' herbeiführen[4].
Neben den Folgen werden die Voraussetzungen des Leistungswettbewerbs wie Markttransparenz[5] aufgezeigt und seine Unvereinbarkeit mit dem Vorhandensein wirtschaftlicher Machtgebilde oder dem Monopolkampf als Behinderungswettbewerb unterstrichen. Mögliche Begriffsmerkmale und Voraussetzungen des Leistungswettbewerbs, die ihm zugeschriebenen Folgen

---

1) BKA-TB 1963 S.53, s.o.S. 17 ff.
2) Würgler S.196 m.w.N.
3) Erhard a.a.O.; Seraphim S.190; von Gamm S.3
4) Erhard a.a.O.
5) Ilau, Wettbewerbsregeln S.11; Menze S.100; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.904 im Hinblick auf das Führen von Preislisten

oder die mit ihm verfolgten Ziele werden aber nicht klar voneinander abgehoben, sondern häufig wie bei Röpke in der Definition zusammengefaßt[1]. Auch aus dem jeweiligen Zusammenhang läßt sich dann der Begriff nicht näher bestimmen, was nicht zuletzt auf die bei der Diskussion vorherrschende übergroße Abstraktion zurückzuführen ist. Aussagen dergestalt, daß Leistungswettbewerb eine 'aus volkswirtschaftlicher Sicht vorteilhafte Tätigkeit' sei[2], oder daß die 'Regeln des Leistungswettbewerbs' die 'sachbedingten Kampfregeln des marktwirtschaftlichen Ordnungssystems' darstellten[3], sind so allgemein, daß sie in bezug auf den einzelnen Wettbewerbsvorgang nichtssagend sind. Hinter diesen und ähnlich globalen Umschreibungen verbergen sich zahlreiche wirtschaftliche Streitfragen, die abschließend und allgemeingültig nicht zu klären sind. Hier wird eine Unbekannte durch eine andere ersetzt, indem die Feststellung des Leistungswettbewerbs auf die Problematik verlagert wird, welche Tätigkeit wiederum aus volkswirtschaftlicher Sicht vorteilhaft ist, bzw. welche Kampfregeln dem marktwirtschaftlichen Ordnungssystem entsprechen.

Ferner wird der Leistungswettbewerb mit innerbetrieblichen Vorgängen in Verbindung gebracht, die nach juristischer Auffassung nicht zum Wettbewerb zählen. Als Kern des wirtschaftlichen Wettbewerbs wird allgemein das Verhalten mehrerer Unternehmer angesehen, auf einem bestimmten Markt zu Geschäftsabschlüssen zu gelangen[4]. Forschungsarbeit, betrieblicher Fortschritt und Vereinfachung des Absatzes gehören dazu nicht; sie aber sollen nach Isay Leistungswettbewerb sein[5] und nicht nur Handlungen, die den Leistungswettbewerb fördern.

---

1) Röpke, Gesellschaftskrisis S.364
2) Völp WRP 1957, 356
3) Ilau, Wettbewerbsregeln S.9
4) s.u. S. 90 ff.
5) Isay, Gutachten S.12 f.; ders., WuW 1954, 577

Auch die Darstellung des Problems Leistungswettbewerb und Marktmacht zeigt den hohen Abstraktionsgrad der Erörterung. Die dabei an Hand der Wirtschaftstheorie gewonnenen Ergebnisse beruhen im wesentlichen auf Erfahrungssätzen, die für Einzelfälle keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen können. Von solchen Wahrscheinlichkeitsaussagen muß sich die Wirtschaftspolitik leiten lassen, da eindeutige Voraussagen über das Marktverhalten der Verbraucher und Unternehmer nicht möglich sind; sie können aber nicht zur Grundlage von Entscheidungen in Einzelfällen gemacht werden, wie sie die Rechtswissenschaft vornehmlich zu treffen hat.

Auf fragwürdigen Voraussetzungen beruht auch das oben skizzierte Modell vom Leistungswettbewerb mit der Schiedsrichterfunktion des Kunden im Wettlauf der Konkurrenten. Solange der Kunde nur Geld für die Befriedigung seiner dringendsten Bedürfnisse hat, wird er wahrscheinlich die für ihn beste und günstigste Ware zu erlangen suchen. Im übrigen aber ist 'die Welt zu beschäftigt, um auf die Jagd zu gehen, um den besten Hersteller von Mausefallen zu finden'[1]. Wie Untersuchungen zur Frage der Wertschätzung einer Ware und des wirtschaftlichen Verhaltens der Verbraucher gezeigt haben, wird der Konsument weitgehend von unbewußten Motiven zu einem Kauf veranlaßt[2]. Schon auf Grund mangelnder Kenntnisse ist der Verbraucher z.B. bei technisch komplizierten Geräten gar nicht imstande, die beste Leistung auszuwählen, die er erst durch Abwägung aller konkurrierenden Güter feststellen könnte. Oft hindert ihn bereits die Sorten- und Typenvielfalt daran, einen Überblick über die Marktlage zu gewinnen. Darüber hinaus rücken heute an die Stelle des Grund- oder Sachnutzens, also der stofflich-technischen

---

1) Joetze S.34 Fn.111 unter Berufung auf ein Zitat Parlins
2) Matter ZBJV 87, 463; Perrin S.101; Wilhelm, Marktautomatismus S.166 ff.; selbst Böhm, Wettbewerb S.274 spricht von der Fiktion der Urteilsfähigkeit des freien Kunden; eine Fehlentscheidung des Kunden müsse aber als höhere Gewalt, als Schicksal und Folge des Systems hingenommen werden.

Verwendbarkeit eines Gutes, die verschiedenen Arten des Zusatznutzens in den Vordergrund[1]. Akzidentien der Ware, die das soziale Ansehen des Eigentümers mitbestimmen, gewinnen wesentlichen Einfluß auf den Kaufentschluß, wie z.B. der Geltungsnutzen eines Autos im Hinblick auf das soziale Prestige des Käufers oder der magische Nutzen eines Modellkleides, hergestellt von einem bekannten Modeschöpfer. Allgemein werden bei Luxusgütern Seltenheit und gesellschaftliche Werteinschätzung häufiger den Ausschlag zum Kauf geben als der Preis und die Qualität des Erzeugnisses. Auch können persönlich, örtliche und zeitliche Präferenzen nicht unberücksichtigt bleiben: verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehungen, die hübsche Verkäuferin, die günstige Lage eines Geschäftes an der Hauptverkehrsstraße und die bekannte Marke sind Beispiele dafür, daß nicht immer die nach Preis, Qualität oder Quantität vorteilhafte Leistung gekauft wird. Die Stellung des Kunden im Modell und seine 'Funktion, die beste wirtschaftliche Leistung auszulesen'[2], ist daher einseitig und zu vereinfacht gesehen. Sie ist als hypothetischer Ausgangspunkt wirtschaftstheoretischer Überlegungen für die Wirklichkeit nur bedingt von Bedeutung. Ein Modell, das diese Vorstellungen zugrunde legt, mag vielleicht auf Grund des Gesetzes der großen Zahl für die Gesamtwirtschaft zu überwiegend zutreffenden Ergebnissen führen[3], es bietet aber keinen sicheren Ausgangspunkt einer auch für die Rechtswissenschaft erheblichen Vorstellung vom Leistungswettbewerb. In der Rechtswissenschaft können Durchschnittsergebnisse nicht entscheidend sein, sondern es muß im Einzelfall das für die zu beurteilende konkrete Wettbewerbshandlung richtige Ergebnis gesucht werden.

An die Stelle einer begrifflichen Bestimmung des Leistungs-

1) Wilhelm, Marktautomatismus S.170
2) von Castelberg S.79
3) Röper, Konkurrenz S.15

wettbewerbs wird ferner weitgehend auf das Vorstellungsvermögen abgestellt durch den Gebrauch von anschaulichen Beispielen aus dem Gebiet des Sportes[1]. Wie bei einem sportlichen Wettlauf soll der Gegner überflügelt werden. Ohne Berücksichtigung der Ungenauigkeiten, die jedem zur Veranschaulichung wissenschaftlicher Aussagen herangezogenen Bild anhaften[2], werden aus diesen Vergleichen Folgerungen gezogen. Es wird überdies außer Acht gelassen, daß der wirtschaftliche Wettbewerb einem sportlichen Wettkampf überhaupt nur beschränkt vergleichbar ist[3]. Zweifelhaft erscheint bereits die Einschränkung des Vergleiches auf 'Parallelkämpfe' wie Wettlauf, Pferderennen und Wettrudern[4]. Daß ein Frontalkampf wie das Fechten ebenfalls maßvoll, fair, kameradschaftlich ist und keineswegs in Anarchie ausartet, liegt offen zutage. Auch hier findet ein 'Auslesekampf' statt; auch hier gibt es einen Sieger, den der Kunde als Schiedsrichter auszeichnen könnte. Eine befriedigende Begründung dafür, warum es einen Unterschied machen soll, ob eine Leistung im Parallelkampf oder im Frontalkampf gegen die Mitbewerber erbracht wird, läßt sich nicht geben. Dennoch wird der Frontalkampf gegenüber dem Parallelkampf bereits terminologisch abgewertet durch seine Gleichstellung mit einem Duell, einem Box- oder Ringkampf und dem Krieg[5]. Übertragen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb würden zwar möglicherweise im Frontalkampf die Kräfte des Unternehmers zersplittert; sie wären weniger als im Parallelkampf auf die

---

1) Böhm, Ordnung S.124; Eucken, Grundsätze S.42; Ilau, Wettbewerbsregeln S.10; Kunze S.13; Lobe s.o.S. 40; Röpke, Gesellschaftskrisis S.364; Rüstow, Kapitalismus S.153; Sombart S.557; weitere Nachweise bei Röper, Konkurrenz S.19 Fn.10

2) Thalmann, H.J.: Bilder in der Sprache der Rechtswissenschaft, dargestellt an den Lehren über das Verhältnis von Recht und Staat. Winterthur 1956, 5 ff.

3) Eingehend Röper, Konkurrenz S.12 ff.; Baumbach-Hefermehl, Allgemeines I Rdnr.9 m.w.N.

4) Benkendorff WuW 1958, 423; ders., Korreferat S.16

5) Böhm, Ordnung S.124

Steigerung und Verbesserung der Produktion gerichtet, und es würde nicht mehr eine optimale Leistung erzielt[1]. Selbst wenn man aber von dieser Hypothese ausginge, wäre die noch zu entscheidende Frage, ob die individuelle Freiheit des Wettbewerbers gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit am Parallelkampf soweit beschnitten werden sollte und könnte, daß der Unternehmer zugunsten der Allgemeinheit wirtschaften und Wettbewerb treiben müßte. Der Leistungswettbewerb als derartiges Zwangsmodell[2] erschiene im Hinblick auf die individuellen Freiheitsgarantien der Art. 2 und 14 Grundgesetz fragwürdig[3]. Die Vorstellung vom Leistungswettbewerb ausschließlich als Parallelkampf wäre dann nichts anderes mehr als ein unverbindliches Leitbild des erwünschten Wettbewerbs. Wollte man ihr rechtliche Bedeutung im Zusammenhang mit § 1 UWG beimessen, so würde dies in dem Satz gipfeln, daß (nur) das erlaubt sei, was der Gesamtheit nützt, wobei die Folgen der Wettbewerbshandlung zum Maßstab der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG erhoben würden.

Ebenfalls ist zweifelhaft, ob im Wettbewerb einzelne spezielle Tätigkeiten der Wettbewerber zum Vergleich stehen wie im sportlichen Wettkampf[4]. Die Tätigkeit eines Sportlers erschöpft sich in bestimmten einfachen und ständig wiederkehrenden Handlungen. Der Wettbewerb hingegen umfaßt einen wesentlichen Teil der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmers und ist ein Teil des vielfältigen menschlichen Lebens im ökonomischen Bereich.

Nur scheinbar wird überdies die Problematik des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch den Vergleich zwischen den unkomplizierten Wettkampfbestimmungen und den 'Spielregeln'[5]

---

1) Böhm, Wettbewerb S.213; v. Castelberg S.76
2) Haussmann, Neoliberalismus S.16; ders., Antitrustgedanke S.57, 63 hebt die 'totale Zweckorganisation' den 'inszenierten Wettbewerb' bei Böhm und Miksch hervor.
3) Matter ZBJV 87, 463: Es bestünde keine Freiheit, wenn der Mensch nur im Hinblick auf Leistungssteigerung wirtschaften dürfte. Sprüngli S.148
4) Joetze S.36
5) von Castelberg S.71; Kunze S.12 ff.

des wirtschaftlichen Wettbewerbs einer Lösung nähergebracht. Es erhebt sich nämlich die Frage, welches diese 'immanenten Regeln des jeweiligen Wettbewerbs'[1] bezogen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb sind, also die Regeln, die sich aus der Natur und dem Sinngehalt des Wettbewerbs ergeben. Geht man hierbei von einem Zustand vollkommenen freien Wettbewerbs aus, so wird sich wahrscheinlich als einzige Regel ergeben, daß der stärkste und gewissenloseste Wettbewerber seine Konkurrenten besiegt. Andere 'immanente Regeln' des Wettbewerbs lassen sich jedenfalls nicht feststellen; insbesondere gibt es keine Regel, wonach die wirtschaftliche Leistungskraft oder die Bedarfsdeckungsfähigkeit der Konkurrenten zum Vergleich stände. Als einzige Spielregeln des heutigen Wettbewerbs kommen daher nur die den Wettbewerb betreffenden Rechtsnormen in Betracht[2], im wesentlichen also außer Vorschriften des Grundgesetzes das UWG mit Nebengesetzen und das GWB. Ihre Betrachtung wird durch den Staat überwacht, ihre Einhaltung notfalls erzwungen. Unter dem Bild einer Verletzung der Wettkampfregeln verbirgt sich also die Behauptung, daß die den Wettbewerb regelnden Rechtsnormen verletzt seien, wenn eine gewerbliche Leistung angeboten wird, die der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Wettbewerbers nicht entspricht wie bei der Preisschleuderei. Hier aber droht ein Zirkelschluß, denn die Frage, ob die Rechtsordnung in diesen Fällen verletzt ist, soll gerade durch den Vergleich des sportlichen Wettkampfes mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb bewiesen werden. Daß ein Wettbewerber - Wettbewerbsfreiheit vorausgesetzt - eine der Rechtsordnung und damit der Spielregel entsprechende Leistung anbieten und zum Vergleich stellen kann, bedarf keiner näheren Begründung. Damit bleibt aber die entscheidende Frage unbeantwortet, wann nämlich die Rechtsordnung und ob sie verletzt ist, wenn die angebotene Leistung nicht

---

1) Kunze S.14
2) von Castelberg S.71; Callmann S.23

mindestens der eigenen echten Leistungskraft des Wettbewerbers entspricht, ob also mit anderen Worten eine entsprechende Leistung angeboten werden muß. Auch hier läuft es letztlich wieder darauf hinaus, daß ein Wettbewerb, der nach bestimmten volkswirtschaftlichen Anschauungen der Allgemeinheit nützt, von der Rechtsordnung gebilligt und gefördert werden müsse und somit der Leistungswettbewerb erlaubt sei. Im Verfolg dieser Ansicht, müßte der Richter Wirtschaftspolitik treiben, eine Forderung, die die Rechtsprechung wiederholt zurückgewiesen hat[1].

Beim Vergleich des Wettbewerbs mit sportlichen Wettkämpfen wird fernerhin nicht berücksichtigt, daß der sportliche Wettkampf nur einen vorübergehenden Einsatz aller Kräfte voraussetzt, während der Wettbewerb ein ständiger und fortlaufender Kampf um den Kunden ist. Auch sind die Startbedingungen der Konkurrenten im Wettkampf nicht gleich, wohingegen der sportliche Wettkampf am gleichen Ort veranstaltet wird, Ungleichheiten etwa der Rennstrecke durch Vorgaben ausgeglichen, möglicherweise auch annähernd gleich starke Bewerber in einzelnen Wettkampfklassen zusammengefaßt werden, wie beim Wettrudern in Zweier, Vierer, Achter. Nach dem Vergleich liefe der Stubenladen mit dem Großversandhaus um die Wette und er wäre im erwünschten Parallelkampf sogar dazu gezwungen. Damit aber liefen eher Pferd und Maulesel um die Wette[2], als zwei annähernd gleich starke Konkurrenten.

Mit diesen Vergleichen hängt überdies die zweifelhafte Idealisierung des Wettbewerbs zusammen[3]. Der Leistungswettbewerb als Gegenstand wirtschaftsphilisophischer Betrachtungen

---

1) BGH vom 22.2.1957; BGHZ 23, 365 (375) - Suwa-;
BGH vom 27.6.1958; BGHZ 28, 54 (59) - Direktverkäufe -;
Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.61, § 1 UWG Rdnr.196 m.w.N.; Rinck, Gute Sitten S.163 f. m.w.N.
2) Meyer-Cording WuW 1962, 468
3) Röper, Konkurrenz S.21

wird mit anderen generalklauselartigen Begriffen wie Gerechtigkeit, Freiheit und Gleichheit in Verbindung gebracht, die ihrerseits keiner konkreten Definition zugänglich sind. An die Stelle einer Spezialisierung des Begriffs treten neue Generalisierungen. Objektiv überprüfbare Kriterien werden zugunsten normativer Wertungen weitgehend aufgegeben: Es sei 'moralische Aufgabe, jedes Wirtschaftssubjekt nach Maßgabe des Wertes seiner wirtschaftlichen Leistung an dem Gesamtergebnis der wirtschaftlichen Leistung aller teilnehmen zu lassen'[1]; der Leistungswettbewerb habe eine Ordnungsfunktion im Dienste der wirtschaftlichen Lenkung und sozialen Gerechtigkeit zu erfüllen[2].

Abgesehen davon, daß das Wettbewerbssystem auch in reiner Form nicht notwendig allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen muß, wie maßgebliche Autoren in den Wirtschaftswissenschaften hervorheben[3], kennzeichnet die Verbindung mit ethischen Werten den Leistungswettbewerb als ideologisch verstandenen Wettbewerb, der auf Grund nahezu dogmatisierter Vorstellungen einer rationalen Erörterung weitgehend entzogen wird. Eine allgemeine Diskussion ist auch auf Grund der Unbestimmtheit jener grundlegenden Wertnormen: Freiheit, Gerechtigkeit und Gleichheit nicht möglich. Die Rechtswissenschaft, die sich von dem Begriff Leistungswettbewerb u.a. eine Präzisierung der Generalklausel des § 1 UWG verspricht, kann jedenfalls nicht andere Begriffe gleichen oder höheren Abstraktionsgrades an die Stelle der 'guten Sitten' setzen, die den Rechtsbegriff nur ersetzen würden, ohne ihn zu präzisieren.

Schließlich läuft der Vergleich des Leistungswettbewerbs mit sportlichen Parallelkämpfen häufig auf eine Gleichsetzung oder enge Verbindung des Leistungswettbewerbs mit der Marktform der vollständigen Konkurrenz im Sinne der Freiburger

---

1) Ilau, Wege zur Sicherung S.203
2) ders., a.a.O., S.205
3) Eucken, Grundsätze S.315 ff.; Peter S.73 ff., 92 f.

Schule hinaus[1]. Dieses wirtschaftstheoretisch entwickelte, idealtypische Marktmodell liegt auch den Beratungen um das GWB zugrunde, durch das die an Hand des Modelles 'Konkurrenzwirtschaft' gewonnenen Ergebnisse auf das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen übertragen werden sollten. Nach der amtlichen Begründung darf es

> 'als sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden, daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat, d.h. die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist'[2].

Die Anzahl der Kritiker aber, die sowohl die allgemeine Realisierbarkeit als auch die der vollständigen Konkurrenz zugeschriebenen Folgen in Zweifel ziehen[3], zeigen, daß selbst in den Wirtschaftswissenschaften über den Wert und die Aussagekraft dieser Marktform keine Einigkeit besteht. Da es zudem oft den Anschein hat, als sei mit der vollständigen Konkurrenz nur eine Voraussetzung für den Leistungswettbewerb gegeben, kann im Rahmen einer Begriffsbestimmung von einer eingehenden Erörterung abgesehen werden, zumal die Rechtswissenschaft dieser Marktform nur untergeordnete rechtliche Bedeutung beimißt und es trotz der in der amtlichen Begründung des GWB vertretenen Ansicht überwiegend abgelehnt wird, den Wettbewerbsbegriff des GWB im Sinne

---

1) Ohm, Definitionen S.254, 256 f.; Eucken, Grundsätze S.247; Meyer-Cording WuW 1962, 468
2) BT-Drcks. Nr.1158, 2. Wahlperiode S.22
3) Brugger WuW 1959, 475 m.w.N.; Knöpfle WuW 1962, 164 Fn.11; Meyer-Cording, WuW 1962, 467 m.w.N.; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskomm., S.64 m.w.N.; Nawroth S.391 m.w.N.; Ohm, Definitionen S.257 f.; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines GWB, zu BT-Drcks. Nr.3644, 2. Wahlperiode S.8

einer bestimmten Marktform auszulegen[1]. Die Rechtswissenschaft kann die Anschauungen der Wirtschaftswissenschaften nicht ohne kritische Prüfung auch jener Ergebnisse übernehmen, von denen die Nationalökonomie als gesicherter Erkenntnisse ausgeht[2]. Bei der Frage nach diesen Prämissen kann sich der Jurist nicht mit allgemeinen Antworten zufriedengeben, die auf weitgehend vereinfachten Modellen beruhen und deren Übertragung auf die Wirklichkeit zweifelhaft ist. Die Übernahme nicht näher konkretisierter volkswirtschaftlicher Begriffe und einzelner Marktformen als wirtschaftlicher Kategorie in die Rechtswissenschaft verbietet sich auch dann, wenn sie wie der Begriff des Leistungswettbewerbs wesentlicher und integrierter Bestandteil einer Richtung innerhalb der Volkswirtschaftslehre ist.

In makro-ökonomischer Sicht ist der Begriff 'Leistungswettbewerb' somit nicht mehr als ein positives und auf Grund der Abstraktion der Erörterungen im einzelnen nicht faßbares wirtschaftspolitisches Leitbild. Die Verwendung eines solchen Begriffes vermag zu einer Klärung rechtlicher Probleme nichts beizutragen. Sie wäre vielmehr nur geeignet, die zu entscheidenden Rechtsfragen mit einer gewandten Formulierung zu übergehen und unter ihm wirtschaftspolitische Entscheidungen zu treffen.

---

1) Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.13 f.;
Bartholomeyczik, Gemeinschaftskomm. § 22 Anm.34 m.w.N.;
Borchardt-Fikentscher S.10; Lukes S.213 ff.;
Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.621; ferner die in der vorhergehenden Anmerkung Genannten

2) Zum folgenden von Köhler DVBl. 1966, 300 ff.

5. Abschnitt

Versuch einer Präzisierung des Begriffs 'Leistungswettbewerb' durch Aufgliederung in seine Komponenten 'Wettbewerb' und 'Leistung'

Läßt sich der Begriff 'Leistungswettbewerb' in makro-ökonomischer Sicht nicht näher umreißen und ergibt sich auch aus den erörterten individualrechtlichen, mikro-ökonomischen Ansichten keine befriedigende Definition, so bleibt nur die Möglichkeit, den Begriff in seine sprachlichen Komponenten 'Leistung' und 'Wettbewerb' zu zerlegen, und hierdurch seinen Inhalt näher zu bestimmen zu versuchen. Als unvermeidliche Folge muß dabei in Kauf genommen werden, daß möglicherweise nicht der ganze Inhalt des Begriffes erfaßt wird, sondern nur der Begriffskern[1]. Dieses Vorgehen scheint aber am ehesten geeignet, eine neutrale, von theoretischen Marktformen und wirtschaftspolitischen Vorstellungen losgelöste Begriffsbestimmung zu erreichen, wie sie allein für die Rechtswissenschaft erheblich sein könnte.

I. Der Wettbewerbsbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb

Der Wettbewerb ist ein natürliches Phänomen, eine 'Urkraft menschlichen Handelns'[2]. Er ist nicht auf den Bereich der Wirtschaft beschränkt, sondern erfaßt darüber hinaus weite Bereiche des menschlichen Lebens. Neben dem wirtschaftlichen steht der politische, der künstlerische und sportliche Wettbewerb; selbst das gesamte Berufsleben wird vom Wettbewerb beherrscht. Wie Hefermehl zutreffend hervorhebt, ist

---

1) Der Große Duden, Bd.4, Rdnr.613
2) Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.1

bei diesen vielfältigen Erscheinungsformen eine exakte Begriffsbestimmung kaum möglich[1]. So unterscheiden sich auch die überaus zahlreichen und nicht mehr überschaubaren Definitionen des wirtschaftlichen Wettbewerbs in den verschiedensten Einzelheiten.
Gemeinsam ist allen Ansichten, daß im Wettbewerb mehrere, voneinander unabhängige Personen ein Ziel zu erreichen suchen, das nicht allen erreichbar ist. Sprachlich ergibt sich dies aus der Bezeichnung 'Konkurrenz' (lat. concurrere) und dem englischen Ausdruck für Wettbewerb: 'competition' (lat. con + petere). Abgesehen von den zahlreichen Unterschieden im einzelnen, können die Wettbewerbsdefinitionen in zwei Gruppen eingeteilt werden: die erste Gruppe sieht im Wettbewerb einen Zustand[2], einen Spannungszustand[3], eine Wettbewerbslage[4]; Wettbewerb 'besteht' oder 'herrscht'[5]. Entsprechend definiert Behrens den Wettbewerb als

> 'wirtschaftliche Spannung, welche zwischen mehreren - möglichen - Teilnehmern am Wirtschaftsgeschehen existent ist'[3].

Die zweite Gruppe faßt den Wettbewerb dynamisch als menschliche Verhaltensweise auf. Diese, im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und der Rechtsprechung überwiegende Meinung differenziert wiederum zwischen aktiver Tätigkeit, also einem Handeln oder Unterlassen, einer Betätigung, einem Tätigsein oder Tun[6] im Gegensatz zu einem nur intendierten

---

1) s.o.S.90,Anm.2.
2) Behrens NJW 1958, 482
3) Behrens NJW 1958, 482
4) Knöpfle WuW 1962, 174
5) Knöpfle WuW 1962, 174 f.
6) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drcks., 2. Wahlperiode, Nr.3644 S.15; Meyer-Cording, WuW 1962, 462; Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.2 und 4; RG vom 1.12.1924 RGSt 58, 429 (430), st. Rspr. mit geringfügigen Variationen; weitere Nachweise bei Reimer, 75. Kap. Rdnr.4 S.512 und Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.3 und Einl. UWG II Rdnr.145

Verhalten, also einem Streben, einer Bestrebung oder Absicht[1].

Nach Meyer-Cording ist wirtschaftlicher Wettbewerb

> 'ein Verhalten, bestätigt durch Handlungen (oder Unterlassungen), mit denen mehrere Rivalen um die Wette das gleiche Ziel anstreben, ihren auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern'[2].

Günther hingegen definiert den Wettbewerb als

> 'das Bestreben des am wirtschaftlichen Leben Teilnehmenden, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren'[3].

Zur weiteren Eingrenzung nimmt die Ansicht, die den Wettbewerb nicht als Zustand, sondern als menschliche Verhaltensweise auffaßt, die Verhaltensrichtung oder das angestrebte Ziel zu Hilfe[4], das u.a. das Verschaffen von Vorteilen sein soll[5], die Förderung des auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausches[6], der Vertragsabschluß mit Dritten[7], das Streben nach Geschäftsverbindungen mit Kunden[8], die Förderung eigenen oder Behinderung fremden Absatzes[9], oder das Bieten günstiger Wahlmöglichkeiten für den Kunden[10], wobei schließlich weiter vorausgesetzt wird, daß sich die Anbieter und Nachfrager im Wirtschaftserfolg gegenseitig beeinflussen[11] oder das Ziel auf Kosten[9] oder anstelle[3] eines Mitbewerbers erreicht wird.

---

1) Günther MA 1954,347; ders., MA 1957, 35; Fikentscher WuW 1961 S.790 und 798; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.622
2) Meyer-Cording WuW 1962, 462
3) Günther MA 1954, 347
4) Einzelheiten bei Lukes S.203 ff.
5) Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drcks., 2. Wahlperiode, Nr.3644 S.15
6) Meyer-Cording WuW 1962, 462
7) Günther, MA 1957, 35
8) Fikentscher WuW 1961, 790, 798
9) RG vom 1.12.1924 RGSt 58,429 (430) und die spätere Rechtsprechung z.B. BGH vom 20.12.1955 BGHZ 19,299 (303)-Kurverwaltung-; BGH vom 14.7.1961 LM Nr.109 zu § 1 UWG - Betonzusatzmittel -
10) Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.622
11) Fikentscher WuW 1961, 790, 798

Die Vorstellung vom wirtschaftlichen Wettbewerb als Zustand und Wettbewerbs'lage' hängt mit der volkswirtschaftlichen Marktformlehre zusammen[1], die die wirtschaftlichen Zusammenhänge querschnittartig zu erfassen sucht und sich vornehmlich mit den Voraussetzungen und Folgen des Wettbewerbs innerhalb einer Wettbewerbswirtschaft beschäftigt. Die der Wirtschaft eigene Dynamik bleibt dabei weitgehend unberücksichtigt; vielmehr wird zur Vereinfachung der gedanklichen Erfassung von einer abstrakt konzipierten, statischen Wirtschaft ausgegangen. An Hand der entwickelten Modelle, wie das der vollständigen Konkurrenz, werden Vor- und Nachteile der verschiedenen Marktformen sowie die Beziehungen und gegenseitige Abhängigkeit einzelner wirtschaftlicher Phänomene und ihre Auswirkungen auf den Ablauf der Gesamtwirtschaft untersucht.

Leistungswettbewerb wird aber überwiegend als Handeln, also aktives Tun aufgefaßt[1a], wie es sich bereits aus den häufigen Vergleichen mit einem Parallel'kampf' ergibt, innerhalb dessen die Wettbewerber einander überflügeln sollen. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Gegensatz zu der Erfassung des Wettbewerbs als Zustand, so daß mit Hefermehl von einer Mehrdeutigkeit des Wettbewerbsbegriffes gesprochen werden könnte[2], sondern nur um unterschiedliche Betrachtungsweisen desselben Phänomens[3]. Die statische Betrachtung abstrahiert lediglich von der einzelnen Wettbewerbshandlung und knüpft an eine Gesamtschau der Wettbewerbshandlungen in der Wirtschaft an.
Historisch wurde der Leistungswettbewerb bereits von Lobe[4],

---

1) Im Zusammenhang mit der Marktform der vollständigen Konkurrenz sieht v. Brunn, Gedanken S.57 den Leistungswettbewerb als Zustand an; vgl. auch Preiser S.119 ff.
1a) Einzelne Nachweise im folgenden Text
2) Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.19
3) Lukes S.217; Preiser S.119
4) s.o.S.40 f.

Callmann[1] und Nipperdey[2] als Wettbewerb'treiben' mit einer wie immer verstandenen Leistung angesehen, also als Handlung, Tätigkeit oder Tun. Selbst Böhm, der mit seinem Werk 'Wettbewerb und Existenzvernichtung' zur Verbreitung des Begriffes wesentlich beitrug und ihn eigentlich erst in der Volkswirtschaftslehre einbürgerte, greift auf Lobe und Nipperdey mit ihrer Auffassung von Wettbewerbshandlungen zurück[3]. Nach Böhm liegt das Wesen des Leistungswettbewerbs im 'Zurschaustellen'[4] der Ergebnisse der eigenen, ökonomischen Leistungskraft; Leistungswettbewerb sei Leistungs'kampf'[5], in dessen Rahmen der Wille des Kunden lediglich durch 'Anbieten, Ankündigen und wahrheitsgemäßes Anpreisen' der Leistung umworben werden dürfe[6].

Neben der Rechtsprechung[7] sieht auch die neuere Literatur im Leistungswettbewerb allgemein eine Tätigkeit: der Wettbewerber müsse seine Leistung 'anbieten' oder sie 'zum Vergleich stellen'[8]. Hier wird wieder die enge Verbindung des Leistungswettbewerbs mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs erkennbar, wo § 1 UWG ausdrücklich 'Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs' voraussetzt und §§ 12, 14, 17, 18 und 20 UWG auf einzelne, konkrete Erscheinungsformen von Wettbewerbshandlungen abstellen.

Von gelegentlichen Ausnahmen abgesehen[9], wird der Wettbewerbsbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb

---

1) Callmann S.24: Leistungswettbewerb sei 'Wettbewerb durch Kräfteentfaltung'.
2) s.o.S.42 ff.
3) Böhm, Wettbewerb S.178 ff.
4) Böhm, Wettbewerb S.73
5) Böhm, Wettbewerb S.212 ff. passim; auch § 20 des Böhm-Entwurfes
6) Böhm, Wettbewerb S.223
7) s.o.S.48 ff.
8) Kunze S.16; Willeke S.163; vgl. auch BKA vom 30.12.1960 WuW/E BKartA 301 (305) - Ziehereien und Kaltwalzwerke -
9) Willeke S.163, der sich der Wettbewerbsdefinition der Rechtsprechung anschließt.

nicht weiter erörtert. Die nur beiläufige Beschäftigung mit dem Wettbewerb allgemein läßt erkennen, daß die eigentliche Problematik in der Bestimmung der 'Leistung' liegt und der Wettbewerbsbegriff selbst als gegeben vorausgesetzt wird. Leistungswettbewerb ist lediglich ein Unterfall und eine besondere Erscheinungsform des wirtschaftlichen Wettbewerbs allgemein[1].

Da dem Ziel der Arbeit entsprechend keine neue, eigene Begriffsbestimmung den zahlreichen bereits vorhandenen hinzugefügt werden, sondern das Gemeinsame der bisher vertretenen Ansichten gesucht werden soll, wird im folgenden der unbestrittene Kern des wirtschaftlichen Wettbewerbs als 'das Verhalten mehrerer Unternehmer, auf einem bestimmten Markt zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen'[2], zugrunde gelegt. Diese Umschreibung entspricht der weit überwiegenden Auffassung vom Leistungswettbewerb als Handlungen im wirtschaftlichen Bereich und vermeidet die Orientierung an wirtschaftstheoretischen Marktformen, die rechtlich nur von untergeordneter Bedeutung sind[3].

II. Der Leistungsbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb

Der Begriff 'Leistung' wird im gewöhnlichen Sprachgebrauch und innerhalb der verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen mit unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. Allein in der Physik gibt es eine objektive und allgemeingültige Leistungsdefinition in der Formel

$$\frac{\text{Kraft x Weg}}{\text{Zeit}} = \frac{\text{Arbeit}}{\text{Zeit}},$$

wonach Leistung die in einer Zeiteinheit erbrachte mechanische Arbeit ist. Mit Ausnahme dieser Definition handelt es

---

1) s.o.S. 34
2) Baumbach-Hefermehl, Allg. I Rdnr.2
3) Lukes S.213 ff.; weitere Nachweise oben S. 88 f.

sich bei der Leistung um einen Funktionsbegriff[1], der zur näheren Bestimmung jeweils in Beziehung zu einer Aufgabe oder einem Ziel gesetzt werden muß. So gibt es wissenschaftliche, sportliche, schulische Leistungen und nur durch derartige nähere Bestimmungen erhält der Leistungsbegriff einen konkreten Inhalt.

Ursprünglich meinte der Begriff Leistung etwas nicht ganz Freiwilliges und daher Unangenehmes[2]: man leistete Gehorsam, Gefolgschaft oder Zahlung. Heute hingegen gehört der Begriff auf Grund eines Bedeutungswandels zu einem der wichtigsten positiven[3] Wertbegriffe[4] und bezeichnet u.a. eine vorbildliche Tat[5], eine Groß- oder Heldentat, ein Kunststück[6], eine 'Meister'leistung. Dem Begriff wird eine Wertung zuteil, als in ihm etwas besonders Gutes, Erfreuliches und Anerkennenswertes gesehen wird[7].

Allgemein bedeutet Leistung eine erfolggekrönte Anstrengung[8], das Ergebnis einer Anstrengung[9], das Ergebnis eines selbständigen Schaffensvorganges[10], wobei die Betonung auf dem Ergebnis und Erfolg einer Tätigkeit liegt. Konkurrenzbegriffe zu diesem Leistungsbegriff sind: Ertrag, Erzeugnis, Produkt, Resultat, Ware[11]. In der Betriebswirtschaftslehre versteht man unter Leistung deshalb meist das Ergebnis der Produktion, die selbst häufig als 'Leistungserstellung' bezeichnet wird[12].

---

1) Mellerowicz Sp.3774
2) Dornseiff, Lexis Bd.1 S.17; Paul/Betz, Stichwort 'leisten'
3) v. Büren, Kommentar, Allgem. Rdnr.22: Leistungswettbewerb sei der Wettbewerb 'mittels der eigenen positiven Leistung'; van Dam S.55
4) Dornseiff, Lexis Bd.1 S.16; Mellerowicz Sp.3775
5) Stilwörterbuch, Stichwort 'Leistung' d)
6) Trübners Dt. Wörterbuch, Stichwort 'leisten'; Dornseiff, Wortschatz S.259
7) Forker, S.39 m.w.N.
8) Dornseiff, Lexis Bd.1 S.16
9) Der Große Brockhaus, Stichwort 'Leistung', 1)
10) Der Große Herder, Stichwort 'Leistung', 2)
11) Dornseiff, Wortschatz S.203, 206
12) Forker S.39

Bei der Leistung kann aber auch die Tätigkeit des Leistens, nach Röper die subjektive Leistung[1], im Vordergrund stehen, wie z.B. bei Arbeits- und Dienst'leistungen'. Nachbarbegriffe hierfür sind: Handlung, Beschäftigung[2], große Kraftanstrengung, Krafteinsatz[3][4].

Bei dem im Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb weder einheitlich noch eindeutig verwandten Leistungsbegriff[5] wird von der betrieblichen[6], gewerblichen[7], unternehmerischen[8], wirtschaftlichen[9] Leistung, sowie der Leistung der Wirtschaft[10], der Wirtschaftsleistung[11] und der Leistung im ökonomisch-technischen Sinn[12] ausgegangen.

Die Vielfältigkeit dessen, was bereits als Ausdruck der Leistung eines Betriebes angesehen werden kann, zeigt folgender von Beste aufgestellter Katalog[13]:
a) Die Leistung wird dem einzelnen Produktionsergebnis, dem Erzeugnis und Produkt gleichgesetzt[14]. Quantitativ wird auch die produzierte Gesamtmenge der Erzeugnisse eines Betriebes bzw. die erbrachten Dienstleistungen in einer

---

1) Röper, Verwirklichung S.282
2) Dornseiff, Wortschatz S.259
3) Stilwörterbuch, Stichwort 'Leistung' d)
4) Der Leistungsbegriff als Ausdruck sowohl für das Ergebnis als auch die Tätigkeit heben hervor: Forker S.39 m.w.N.; M.R. Lehmann S.7; Mellerowicz Sp.3774; Röper, Verwirklichung S.282; Willeke S.189
5) Nähere Umschreibungen der Leistung z.B. bei v. Büren, Kommentar, Allgemeines Rdnr.22; Caminada S.78; Henner S.25; Kunze S.15
6) Beste S.132 ff.
7) Nipperdey, Wettbewerb S.27; Hefermehl S.52
8) Röper, Verwirklichung S.283; Willeke S.159
9) von Nell-Breuning WuW 1952, 372 f.; Rüstow, Wirtschaftsliberalismus S.68
10) Rasch WuW 1952, 499
11) Schwarzfischer S.329
12) Herber S.37
13) Beste S.134 ff.
14) Preiser S.114 Fn.4; Forker S.39

zeitlich begrenzten Periode[1] als betriebliche Leistung aufgefaßt[2], wobei unterschiedliche Produkte des Unternehmens, soweit sie mit verschiedenen mengenmäßigen Größen wie Stück, Tonne, Quadratmeter gemessen werden, erst durch Umrechnung in Vergleichsgrößen addierbar gemacht werden müssen. Leistung in diesem Sinne wäre der Beitrag des einzelnen Betriebes zur Bedarfsdeckung der Allgemeinheit[3], die Leistung im absoluten Sinn[4], wobei Leistungs- und Erzeugungsmaximum identisch sind[5].

b) Auch die Kosten einer Produktionseinheit werden als Ausdruck der Leistung eines Betriebes verstanden, wobei die Leistung in der Regel um so höher veranschlagt wird, je geringer die Kosten für die Erstellung des Produktes sind[6]. Das Produktionsergebnis wird also in Relation zu den Kosten gesetzt. Die sich in diesem Leistungsbegriff äußernde technische Leistungsfähigkeit des Unternehmens steht bei der Forderung nach Leistungssteigerung der Betriebe im Vordergrund[7]. Auf das einzelne Erzeugnis bezogen, also auf die Leistung im absoluten Sinn als Beitrag des Unternehmens zur Bedarfsdeckung, würde es sich dann um eine Leistung handeln, wenn das Produkt nach dem ökonomischen Prinzip, dem Rational- oder Wirtschaftlichkeitsprinzip[8] erstellt wurde, dessen Einhaltung nach Böhm ein Gebot der sozialen Ethik ist[9]. Das Urteil über das Vorliegen einer so verstandenen Leistung hinge aber von einer Veränderung der Kostensituation desselben Betriebes oder von einem Kostenvergleich zwischen

---

1) Heinzler S.88
2) Beste S.134
3) Mellerowicz Sp.3774
4) Mellerowicz Sp.3775
5) Preiser S.114 Fn.4
6) Beste S.134 f.; Mellerowicz Sp.3775; wohl auch Küng S.162
7) Preiser S.114
8) Die Begriffe werden hier synonym gebraucht. Zu den unterschiedlichen Auffassungen Forker S.21.
9) Böhm, Wettbewerb als Instrument S.78

verschiedenen Unternehmen ab. Es könnte daher nur wertend als Leistungssteigerung desselben Betriebes oder als geringere bzw. höhere Leistung des einen oder anderen Betriebes getroffen werden, so daß dieser Leistungsbegriff relativ ist[1].

c) Ausdruck der Leistung eines Betriebes kann weiterhin auch die Menge der wichtigsten Bedarfsgüter im Verhältnis zu den Erzeugnissen sein, die für die Bedarfsbefriedigung weniger dringlich sind. Dabei wäre zunächst eine gesamtwirtschaftliche Wertung vorzunehmen, um den Dringlichkeitsgrad der einzelnen Güter festzustellen. In Krisenzeiten wird dann beispielsweise die Herstellung lebensnotwendiger Güter höher zu veranschlagen und damit eine größere Leistung sein, als die Erzeugung von Luxusgütern.

d) Ausdruck betrieblicher Leistung kann weiterhin die Erzeugnismenge je Kopf der Belegschaft oder die Arbeitsmenge eines Arbeitnehmers sein[2] oder die Zeit, die für die Herstellung eines Erzeugnisses benötigt wird[3].

e) Ferner kann als Leistung eines Betriebes der Erfolg angesehen werden[4]. Er ist in Form des ausgeschütteten Gewinnes eine Leistung für den oder die Unternehmer, in Form von Steuern eine Leistung für den Staat. Hier zeigt sich, daß mit dem Leistungsbegriff je nach dem Ausgangspunkt sogar entgegengesetzte Dinge bezeichnet werden können, denn während für den Unternehmer ein höherer Gewinn durch höhere Preise eine Leistungssteigerung bedeuten würde, wären für den Kunden umgekehrt gerade sinkende Preise eine Leistung.

---

1) Forker S.25; Mellerowicz Sp.3775
2) Beste S.134
3) Beste S.136
4) Beste S.136

f) Maßstab betrieblicher Leistung kann schließlich auch die aus gegebenen Stoffen und Kräften erzielte Qualität des Erzeugnisses sein[1].

Systematischer unterteilt Willeke[2] die Leistung des anbietenden Unternehmers, verstanden als das Ergebnis der wirtschaftlichen Tätigkeit,

1. in innerbetriebliche Leistungen, z.B. betriebstechnische und organisatorische Einrichtungen, Quantität der Erzeugnisse,

2. in allein für die Unternehmung bedeutsame Leistungen wie Absatz, Umsatz, Gewinn,

3. in auch für den Abnehmer bedeutsame Leistungen: Angebotspreis, Qualität der Waren und Dienste, Verpackung und Aufmachung, Kundendienst, Umfang und Art des Warensortiments, Geschäftsausstattung, Lage des Geschäftes und Zeit (auch Lieferfristen) des Angebotes, Länge des Zahlungszieles, Werbemittel sofern sie den Abnehmer informieren.

4. Auch soll es Ergebnis einer wirtschaftlichen Tätigkeit, also eine Leistung sein, wenn es dem Unternehmer gelingt, andere Marktteilnehmer zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. So sei z.B. die gegen einen Unternehmer durchgeführte Liefersperre - wertneutral gesehen - eine Leistung des Unternehmers, der diese Sperre bei dem Rohstofflieferanten durchgesetzt habe. Hierbei erscheint allerdings zweifelhaft, ob es sich um das Ergebnis einer wirtschaftlichen Tätigkeit handelt und nicht nur um ein im Bereich der Wirtschaft erzieltes Ergebnis, im Gegensatz etwa zu einem im kulturellen oder wissenschaftlichen Bereich erzielten Ergebnis.

---

1) Beste S.136
2) Willeke S.159

Eine weitere Systematik der betrieblichen Leistung findet sich bei M.R. Lehmann[1]. Er gliedert in Betriebs- oder Erzeugungsleistungen einerseits und Unternehmens- oder Finanzleistungen andererseits. Die letzteren bestehen z.B. in der Beschaffung und Verwaltung des für den Erzeugungsprozeß benötigten Kapitals oder in dem zugunsten der Kapitalgeber erwirtschafteten Kapitalertrag. Innerhalb der Erzeugungsleistungen unterscheidet Lehmann zwischen Mengenleistungen und wertmäßigen Leistungen, wobei die Mengenleistungen für die Kostenkalkulation entscheidend seien. Sie seien auch volkswirtschaftlich ausschlaggebend, da auf ihnen unmittelbar die Bedarfsdeckung der Allgemeinheit beruhe, auf Grund rechnerischer Probleme müsse aber auf die wertmäßigen Leistungen, d.h. auf den Ertrag der Unternehmung zurückgegriffen werden.
Schließlich hat Schwarzfischer die betriebliche Leistung systematisch eingeteilt[2]. Er gliedert den nutzbringenden Tätigkeitsbereich eines Unternehmens in fünf Leistungsfelder auf, von denen das erste die Absatztätigkeit der Unternehmung umfaßt. Hierzu gehören alle Handlungen, die direkt oder indirekt im Interesse der Nachfrager liegen, wozu beispielsweise der Einkauf, die gesamte Produktion und das Lagerwesen gehören, Handlungen, die dem Absatz und damit im weitesten Sinne auch den Konsumenteninteressen dienen.

Vom Standpunkt der Zulieferer des Betriebes aus gesehen, ergibt sich das zweite Leistungsfeld der Unternehmung. Durch die Güternachfrage kommt es zur Erzeugung und dem Angebot der gefragten Güter, also zur Marktbildung, wodurch den Zulieferern weitere Absatzbereiche erschlossen werden. Durch die Bezahlung der Ware kommt es zur Bildung volkswirtschaftlichen Geldeinkommens, möglicherweise auch zur

---

1) M.R. Lehmann S.7 ff
2) Schwarzfischer S.335 ff.

Spezialisierung und Rationalisierung bei dem Lieferanten, wenn dieser auf Grund reger Nachfrage Großaufträge erhält und zur Massenproduktion übergehen kann. Hierdurch wiederum können sich Kostenersparnisse und Senkungen der Marktpreise ergeben.

Das dritte Leistungsfeld sind die Finanzleistungen des Betriebes, z.B. die erwirtschafteten Kapitalerträge für die Gelgeber in Form von Zins- und Dividendenzahlungen, die wiederum zu volkswirtschaftlichem Geldeinkommen führen.

In der Unternehmung als Institution planmäßiger beruflicher Arbeit, die den Arbeitnehmern eine Existenz und in Form von Lohn- und Gehaltszahlungen eine Nutzleistung bietet, sieht Schwarzfischer das vierte Leistungsfeld, das ebenfalls zu volkswirtschaftlichem Einkommen führe. Zugleich ist die berufliche Tätigkeit nicht nur Einkommensquelle, sondern auch selbständiges Gut von kulturellem Wert, das z.B. im Falle der Arbeitslosigkeit durch Auszahlung von Arbeitslosenunterstützung nicht ersetzt werden kann.

Das fünfte Leistungsfeld umschließt nach Schwarzfischer verschiedenartige Leistungen gegenüber dem Staat und der Gesellschaft wie Steuerzahlungen, Spenden oder sonstige Unterstützungen wissenschaftlicher, künstlerischer und anderer sozialer Einrichtungen.

Für die Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs kann aber nicht jedes dieser fünf Leistungsfelder Schwarzfischers von Bedeutung sein[1]. Ursprünglich ein Wettbewerb mit der angebotenen gewerblichen Leistung, also der objektiven Absatzleistung, wurde dem Leistungswettbewerb erst in der weiteren Diskussion auch eine gesamtwirtschaftlich überragende Bedeutung zugemessen, als Wettbewerb mit der Folge oder dem Ziel einer gesamtwirtschaftlichen Leistung. Ausgangspunkt muß daher die historische Auffassung der Leistung

1) Entsprechendes gilt für die übrigen vorher erörterten Spielarten des Begriffs 'Leistung'.

sein, also das Produktionsergebnis und die zu erbringende Dienstleistung[1]. Berücksichtigt man ferner den oben[2] aufgezeigten Mechanismus mit der Hypothese des zweckrational handelnden Kunden, der durch Auswahl der 'besten Leistung' den Unternehmer zu ständiger Verbesserung zwingen soll, so kann für die Inhaltsbestimmung des Leistungsbegriffes nur die objektive Absatzleistung im Sinne des ersten Leistungsfeldes Schwarzfischers in Betracht gezogen werden. Nur diese kommt unmittelbar mit dem Kunden in Berührung, nur durch ihren Kauf oder ihre Ablehnung kann der Konsument Einfluß auf den Anbieter nehmen und nur durch Bevorzugung der Absatzleistung eines anderen Wettbewerbers kann er die übrigen Konkurrenten anspornen, ihre Erzeugnisse den Kundenwünschen besser anzupassen[3]. Zu einer Beurteilung auch der übrigen Leistungsfelder, also der Unternehmensleistung insgesamt, wäre der Kunde auch dann nicht in der Lage, wenn er sie im einzelnen überschauen könnte, da seine Fähigkeiten auch bei Kenntnis aller Umstände eine sachliche Abschätzung nicht zuließen.

Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs ist daher zunächst das Ergebnis einer wirtschaftlichen Tätigkeit, das von einem Unternehmer im Wettbewerb angeboten wird[4]. Der Begriff umfaßt auch die angebotene, aber erst in Zukunft zu erbringende Dienstleistung. Dabei ist es ohne Bedeutung, welche Voraussetzungen den Unternehmer zur Erstellung oder Erbringung dieser Leistung befähigen. Ob es sich um einen

---

1) siehe oben S.39 ff., 41 ff., 48 ff.
2) siehe oben S.35 ff.
3) Rinck, Gute Sitten S.172 f. stellt darauf ab, ob dem Umworbenen ein Nutzen geboten wird.
4) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.71 unter Berufung auf Lobe und Ulmer; Benkendorff WuW 1958, 423 m.w.N.; Hug S.129; Röper, Verwirklichung S.282 f.; Schwarzfischer S.335 ff., der zugleich die Schwächen und Grenzen des Leistungswettbewerbs aus volkswirtschaftlicher Sicht aufzeigt. Willeke S.159 ff.

Glücksfall[1], um ein ererbtes Vermögen, um Steuerhinterziehung, um die Ausnutzung eines Vertragsbruches oder einer Gesetzesverletzung[2] handelt, die den Unternehmer zur Erstellung des Produktes oder dem Erbringen der Dienstleistung befähigen, ist für den Begriff der Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs unerheblich[3].

Die Absatzleistung kann weiter unterteilt werden in die Kernleistung, sowie Ergänzungs- und Sonderleistungen[4]. Kernleistung ist die angebotene Ware, das Erzeugnis, das Produkt oder die Dienstleistung in der angebotenen Form. Sie ist Hauptinhalt, also Kern der Absatzleistung und setzt sich ihrerseits aus den einzelnen Merkmalen und Eigenschaften des Produktes zusammen wie Preis, Quantität, Material, Fertigungsart[5], Größe und Form, Aussehen[6] und Geschmack (z.B. bei Lebensmitteln), den Verwendungsmöglichkeiten bei Maschinen und Werkzeugen usw.. Schwarzfischer rechnet hierzu auch die verschiedenen Arten des Zusatznutzens eines Gutes für den Käufer, so u.a. den Geltungsnutzen, den ästhetischen und ethischen Nutzen[7], der mit der Kernleistung verbunden ist.

Neben dieser Kernleistung werden dem Kunden häufig zugleich 'Ergänzungsleistungen'[8] angeboten. Beispielhaft seien hervorgehoben eine Garantiegewährung, die Verpackung und Aufmachung der Ware, Anlieferung mit eigenen Transportmitteln oder in bestimmter Weise (z.B. Lieferzeit), Lagerung der Ware, wenn diese auf Abruf gekauft wurde, und die Finanzierung durch den Verkäufer bis zum Zeitpunkt der Bezahlung.

---

1) von Nell-Breuning WuW 1952, 372 f.
2) Nipperdey, Wettbewerb S.28
3) Willeke S.161
4) Schwarzfischer S.336 ff. auch zum folgenden.
5) BGH vom 11.11.1958 LM Nr.77 zu § 1 UWG - Künstlerpostkarten -
6) Röper, Probleme S.571 sieht im 'Aufschönen' von Fleischwaren durch Nitrit eine früher vom Markt geforderte scheinbare Leistung.
7) Schwarzfischer S.337 f.
8) Schwarzfischer S.336 f.

Auch durch Liefer- und Zahlungskonditionen wird die Kernleistung im Interesse des Käufers ergänzt, so daß sie als Ergänzungsleistungen anzusehen sind wie auch die Leistungen, die zum Abschluß eines für den Käufer zweckmäßigen Vertrages führen sollen, die ihm die Auswahl erleichtern oder angenehmer machen wie eine fachtechnische Beratung und Erklärung, der Kundendienst[1] etwa bei Aufstellung, Montage und Einarbeitung einer komplizierten Maschine, Geschäftsausstattung, Geschäftslage und andere, mit der Kernleistung in wirtschaftlich-technischem Zusammenhang stehende Nutzleistungen.

Neben diesen Ergänzungsleistungen stehen die 'Sonderleistungen', die häufig Gelegenheitsleistungen sind[2]. Sie sollen die Abschlußfreiheit des Kunden weitgehend ohne Rücksicht auf die Kernleistung beeinflussen. Hierzu gehören Zugaben in jeder Form, die Gewährung von Darlehen, die mit einem speziellen Kauf nicht zusammenhängen, oder die Beteiligung des Lieferanten an dem nachfragenden Unternehmen, wodurch es sogar zu einer Willensbindung des Abnehmers kommen kann.

Kern-, Ergänzungs- und Sonderleistungen zusammen ergeben die Absatzleistung eines Unternehmens[3], d.h. die Leistung, die dem Kunden vom Unternehmer angeboten wird und mit der die Konkurrenten Wettbewerb treiben. Nachdem oben[4] als Zwischenergebnis diese Absatzleistung als Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs angesehen wurde, wird im folgenden zu untersuchen sein, ob dieses Ergebnis noch zu modifizieren ist.

---

1) Von BGH vom 6.12.1961 GRUR 1962, 198 (200) - Franziskaner - zum Leistungswettbewerb gezählt.
2) Schwarzfischer S.337
3) Röper, Probleme S.571 spricht von 'Leistungskombinationen', einem Bündel von Haupt- und Nebenleistungen, das meist gefordert und/oder geliefert werde.
4) s.o.S.103

Als Leistungswettbewerb wird in der Regel der Wettbewerb mit der Güte, dem Preis oder der Preiswürdigkeit des Erzeugnisses bzw. der angebotenen Dienstleistung angesehen[1], also der Wettbewerb, der mit Eigenschaften im weitesten Sinne der Kern- oder Hauptleistung betrieben wird. Im Gegensatz zum 'Nebenleistungswettbewerb'[2], als dessen Unterarten Henner den Zugaben- und Servicewettbewerb ansieht[3], steht der Kernleistungs- oder Hauptleistungswettbewerb im Vordergrund der Erörterung. Darüber hinaus werden von der Rechtswissenschaft auch der Kundendienst[4], die Vertriebsart[5] und Konditionen[6] als Beispiele für den Leistungswettbewerb angeführt, also der Wettbewerb mit Ergänzungsleistungen. Nicht hingegen soll nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ein Wettbewerb mit Zugaben, also mit Sonderleistungen zum Leistungswettbewerb gehören[7], weil er die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Kunden in sich berge. In wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchungen wird diese Einschränkung generell nicht getroffen[8]; für sie läßt sich auch ein sachlicher Grund nicht finden, da es sich bei den Sonderleistungen ebenfalls um den Kunden angebotene und nützliche Unternehmensleistungen handelt.

Der Grund für diese Einschränkung des Leistungsbegriffes liegt anscheinend in dem angedeuteten Bemühen der Rechtsprechung, den Vorwurf der Sittenwidrigkeit wegen des ihm anhaftenden ethischen Makels zu vermeiden und eine unlau-

---

1) Siehe die Beispiele oben S.32
2) Völp WRP 1957, 357; Ilau mit der Terminologie 'Nebenwettbewerb', Ilau, Wettbewerbsregeln S.11
3) Henner S.6
4) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.71; BGH vom 6.12.1961 GRUR 1962, 198 (200) - Franziskaner -
5) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.71
6) Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.904
7) BGH vom 15.12.1963 BGHZ 11, 260 (265) - Kunststoff=Figuren I; ähnlich OLG Hamburg vom 30.8.1962 WRP 1962, 399 - Werbeauftrag -
8) Willeke S.160 f.

tere Wettbewerbshandlung nur sprachlich anders als Verstoß gegen die Regeln, Grundsätze oder Prinzipien des Leistungswettbewerbs zu bezeichnen. Zu diesem Zweck wird der Begriff Leistungswettbewerb von vornherein an Hand der zu § 1 UWG entwickelten Beurteilungsmaßstäbe ausgelegt. Der Begriff selbst ist dann aber kein eigenständiges Abgrenzungskriterium mehr zwischen dem lauteren und dem unlauteren Wettbewerb, wenn sein Inhalt erst an Hand der im UWG seit jeher gebräuchlichen Kriterien wie das der Sachlichkeit ermittelt werden müßte. Eine Beschränkung des Begriffes Leistungswettbewerb auf den Wettbewerb mit Kern- und Ergänzungsleistungen wäre daher für die Rechtswissenschaft nicht von Nutzen.

Ähnlich verhält es sich mit weiteren Einschränkungen des Leistungsbegriffes auf die 'wahre, eigene, sachliche, echte' Leistung. Auch hier wird bei der Frage, was wiederum eine echte, eigene usw. Leistung ist, auf normative Bewertungskriterien verwiesen[1].

So wurde oben aufgezeigt, daß Nipperdey den Leistungsbegriff über die Absatzleistung hinaus auf das Zustandekommen der Kernleistung ausdehnt, ihn aber zugleich auf die 'wahre, eigene, tüchtige' Leistung beschränkt[2]. In dem Angebot müsse sich die wahre, eigene Leistungsfähigkeit des Wettbewerbers widerspiegeln[3], was nicht der Fall sei, wenn eine Preisunterbietung erst durch einen Vertragsbruch, eine Gesetzesverletzung, die Ausbeutung fremder Arbeitskraft ermöglicht werde oder die Abnehmer getäuscht würden. Hefermehl setzt für den Leistungswettbewerb eine 'wirkliche, eigene, tüchtige' Leistung voraus[4]: Eine eigene Leistung werde beim sklavischen Nachbau nicht angeboten, einer wirklichen Leistung widerspreche die unwahre Anpreisung. Auch liege kein 'leistungsbedingter Vorteil' vor, wenn der Wettbewerber

---

1) Herber S.33
2) Nipperdey, Wettbewerb S.28
3) Nipperdey, Wettbewerb S.18
4) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.70

allgemeine Schranken mißachte[1]. Herber beschränkt den Leistungsbegriff ebenfalls auf die Erstellung eines Produktes 'im Rahmen der für alle Gewerbetreibenden geltenden, sich aus den Regeln der Gesellschaftsordnung ergebenden Schranken für die Aufwandsverminderung'[2], die das Angebot gesetzlich, vertraglich oder kraft bestehender Übung festlegten (Fest- oder Mindestpreise, Preisbindung, Ladenschlußzeiten, allgemein anerkannte religiöse Regeln, die die Arbeit an bestimmten Tagen verbieten) oder die eine Grenze für die Senkung der Herstellungskosten bildeten[3]. Eine Kostensenkung durch Schmuggel der Rohstoffe, untertarifliche Bezahlung der Arbeitnehmer oder Steuerhinterziehung sei daher kein Leistungswettbewerb[4].

Während in der 'tüchtigen' Leistung lediglich eine positive sprachliche Floskel zu sehen ist, werden die übrigen, zur Konkretisierung der echten, wahren usw. Leistung angeführten Beispiele als sittenwidriger Wettbewerb von § 1 UWG erfaßt. Nipperdey verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung zur Preisunterbietung, aus der sich seiner Meinung nach die Einschränkung auf die 'wahre, eigene' Leistung erst rechtfertigt[5]. So nimmt er auch mit der für ihn zum Leistungswettbewerb gehörigen 'fairen' Werbung[6] auf das UWG Bezug und erhebt dadurch die Lauterkeit zum Inhalt des Begriffes 'Leistungswettbewerb', Die 'wirkliche Leistung' bedeutet im Grunde ebenfalls nichts anderes als den Ausschluß von Wettbewerbshandlungen, die dem im Wettbewerbsrecht grundlegenden Wahrhaftigkeits- und Wahrheitsgrundsatz widersprechen. Durch die weitere Einschränkung auf die 'sachliche Leistung' werden schließlich jene unlauteren Wettbewerbshandlungen

---

1) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.71
2) Herber S.44
3) Herber S.39 ff.
4) Herber S.39 f.
5) Nipperdey, Wettbewerb S.23
6) s.o.S.46, 47

vom Leistungswettbewerb ausgenommen, die herkömmlicherweise im UWG unter den Kategorien: Anreißen von Kunden, Ausnutzen der Spiellust und z.T. auch unter gefühlsbetonter Werbung zusammengefaßt werden[1].

Diese und ähnliche Einschränkungen müssen außer Betracht bleiben[2]. In der Rechtswissenschaft liegen die Wurzeln des Leistungswettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs. Als Abgrenzungskriterien von lauteren und unlauteren Wettbewerbshandlungen wäre der Begriff aber von vornherein untauglich, wenn erst an Hand der zu § 1 UWG wesentlich eingehender entwickelten Maßstäbe festgestellt werden könnte, was eine eigene, echte Leistung oder wahrer, echter Leistungswettbewerb ist. Es wäre ein Zirkelschluß, wollte man dann aus dem Begriff Leistungswettbewerb Rückschlüsse auf die Sittenwidrigkeit einer Handlung ziehen, denn Leistungswettbewerb wäre per definitionem nur eine andere sprachliche Bezeichnung für gewisse Erscheinungsformen des nach § 1 UWG erlaubten Wettbewerbs und damit ein bloßes Etikett ohne eigenständigen juristischen Gehalt. Bei der allgemein unterschiedlichen Verwendung des Begriffes würde er in diesem Fall nur zu Mißverständnissen Anlaß geben.

Wie oben[3] aufgezeigt wurde, sieht man häufig als 'Leistung' nur diejenige Absatzleistung an, die nach dem ökonomischen Prinzip, dem Rational- oder Wirtschaftlichkeitsprinzip erstellt wurde. Diesen relativen Leistungsbegriff legt in der rechtswissenschaftlichen Literatur Herber zugrunde, wenn er

---

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.86 ff., 110 ff., 139

2) Kritisch zur Beschränkung auf die 'eigene' Leistung Ohm, Definitionen S.244, ferner Willeke S.161 Fn.12, da häufig Dritte wie Lieferanten und Arbeitnehmer an der Leistungserstellung beteiligt seien. Ablehnend auch Fikentscher, Wettbewerb S.116 Fn.250: Wettbewerbshandlungen, die auf Glück oder Zufall beruhen, gehörten - obwohl keine 'eigene' Leistung - doch zum Leistungswettbewerb.

3) s.o.S.98

auf die Kosten der Erstellung, beim Handel auf die Kosten der Verteilung eines Bedarfsgutes abstellt[1] und Leistung definiert als 'gleiches Ergebnis zu niedrigeren Kosten oder höheres Ergebnis zu gleichen Kosten'[2] oder als 'jede Vergrößerung des Sozialproduktes mit möglichst geringem Aufwand'[3].

Diese relative Leistung ließe sich aber nur hinreichend sicher bestimmen, wenn entweder ein gleiches Ergebnis erzielt wird, also homogene Güter hergestellt und angeboten würden, wie es im Wettbewerb nur selten, etwa bei normierten Gütern der Fall ist, oder es müßte das bei gleichen Kosten erzielte höhere Ergebnis feststellbar sein. Hier aber liegt die Schwierigkeit der Bewertung der unterschiedlichen Produkte und damit in der Feststellung des 'höheren Ergebnisses', die eine Vergleichbarkeit der angebotenen Güter voraussetzt. Fertigen Schneider A und B beispielsweise ein Kleid an und entstehen A bei der Herstellung eines Durchschnittskleides Kosten in Höhe von 50.- DM, Schneider B hingegen bei seinem durch Eleganz bestechenden Modell Kosten in Höhe von 75.- DM, so müßte entschieden werden, ob der Kostenunterschied durch die gefälligere Form aufgewogen wird oder nicht, ob also A oder B das 'höhere Ergebnis' erzielte. So lassen sich auch Dienstleistungen z.B. der Verkehrsbetriebe möglicherweise bei Umrechnung in Hilfsgrößen wie den erbrachten Personenkilometern vergleichen; damit ist aber nichts darüber ausgesagt, ob die Passagiere bequem oder unbequem, sicher oder nicht sicher befördert wurden, so daß insofern keine Vergleiche gezogen werden können[4], obwohl es sich auch hierbei um Marktleistungen handelt. Die Erzeugnisse eines Unternehmens können also nicht in jeder Beziehung rechenbar gemacht und die 'Ergebnisse' daher kaum

---

1) Herber S.37
2) Herber S.38
3) Herber S.39
4) Beispiel von Forker S.39 Fn.57

in Relation zu den Herstellungskosten gesetzt werden. Von homogenen Gütern abgesehen erscheint aus diesem Grunde auch die Feststellung unmöglich, welches bei mehreren konkurrierenden Gütern als das 'höhere Ergebnis' anzusehen wäre.

Ungeachtet dieser Zweifel wirft die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens eine umfangreiche betriebswirtschaftliche Problematik auf[1], die selbst in den Wirtschaftswissenschaften bisher nicht eindeutig gelöst wurde[2]. Auch in dem Marktmodell des vollständigen Wettbewerbs im Sinne der Freiburger Schule würden Kosten und Preise keine exakte Leistungsmessung ermöglichen[3]. In der Rechtswissenschaft wird überdies auf die Kosten der Produktherstellung nur vereinzelt und dann ausschließlich im Zusammenhang mit Preisunterbietungen abgestellt. Leistungswettbewerb ist dann diejenige Preisunterbietung, 'die kaufmännisch kalkuliert, die Kostengrenze berücksichtigt'[4]. Diese Ansicht vom Leistungswettbewerb ist aber einmal zu eng im Hinblick auf die Verwendung des Begriffes, da er auch bei anderen Wettbewerbshandlungen als bei Preisunterbietungen gebraucht wird, z.B. beim Qualitätswettbewerb. Zum andern ist auch kein Grund ersichtlich, von der allgemein in der Rechtswissenschaft eingebürgerten Terminologie 'Preisunterbietung mit Kostenunterschreitung'[5], 'Preisgestaltung

---

1) Vgl. Deppe bei Fikentscher, Preisunterbietung S.87 ff.
2) Deppe a.a.O. S.114; M.R. Lehmann S.9
3) von Nell-Breuning WuW 1952, 372 f.; Ohm, Definitionen S.256 f.
4) Böhm, Wettbewerb S.223, 228, 251 f.; § 20 Abs.2 des Böhm-Entwurfes; von Castelberg S.80; van Dam S.60; Herber S.44 f.; Hug S.130; LG Frankfurt/M. vom 12.2.1960 WRP 1960, 74 (76) - Benzinkampf - von dem Grundsatz werden bei der rechtlichen Beurteilung im Hinblick auf § 1 UWG zahlreiche Ausnahmen gemacht, so z.B. bei Verlustpreisen zur Anpassung bei sinkender Konjunktur, bei Einführungspreisen und Werbepreisen.
5) Fikentscher, Preisunterbietung S.21

unter Selbstkosten'[1], 'Verkauf unter Selbstkosten'[2] abzugehen. Den vieldeutigen Begriff des Leistungswettbewerbs ausschließlich in diesem Sinne zu verwenden, würde nur eine terminologische Verwirrung und die Gefahr von Mißverständnissen schaffen; für die Rechtswissenschaft wäre ein Leistungsbegriff, der sich an den Kosten des Erzeugnisses oder an dem durch die Kosten bestimmten Preis orientierte, unzweckmäßig und verwirrend. Er wäre zudem irrelevant, hält man mit der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung eine Preisgestaltung auch unter den Selbstkosten für allgemein zulässig[3].

Die gleichen Einwände gelten für das dem Leistungswettbewerb verschiedentlich gleichgesetzte Leistungsprinzip[4], das in einer seiner ebenfalls vielfältigen Bedeutungen[5] besagt, der Wert des angebotenen Erzeugnisses müsse wirtschaftlich gesehen unter dem Wert der Kundengegenleistung bleiben und dürfe ihm allenfalls entsprechen; zum Leistungswettbewerb gehöre also nicht ein Verkauf unter Selbstkosten. Diese, in der schweizerischen Literatur häufiger anzutreffende Vorstellung, kommt in der Übersetzung des Wortes Leistungsprin-

---

1) BGH vom 8.1.1960 GRUR 1960, 331 (334) - Schleuderpreise
2) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.223
3) z.B. Fikentscher, Preisunterbietung S.20 ff., S.32 ff. mit zahlreichen Nachweisen; Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.223 m.w.N.
4) z.B. Perrin S.97 ff.; Fikentscher, Preisunterbietung, S.24, 33; ders., Wettbewerb S.113 ff. Die gleiche Bedeutung hat das Leistungsprinzip bei der Forderung nach Leistungslohn: Über das Existenzminimum hinaus sollen die Unterschiede in der Entlohnung auf Leistungsunterschieden beruhen. Qualifikation und Ergebnis der Tätigkeit sollen Maßstab für das Entgelt sein, eine Forderung, die weitgehend mit Gerechtigkeitsvorstellungen einhergeht, vgl. Röper, Verwirklichung, S.283
5) Zum Leistungsprinzip Willeke S.172 f.; Böhm, Ordnung S.123 sieht das Leistungsprinzip als 'Rechtsprinzip der Wettbewerbsordnung' an, wonach im gewerblichen Wettbewerb allein 'die echte und durch ehrliche Anstrengung erworbene eigene gewerbliche Leistungskraft' eingesetzt werden dürfe.

zip und Leistungswettbewerb mit 'principe d'équivalence' (Äquivalenzprinzip)[1] zum Ausdruck und ist wiederum in gesamtwirtschaftliche Überlegungen eingebettet: der Unternehmer dürfe einmal seinen Konkurrenten durch Unterkostenpreise keine Kunden abwerben und auf diese Weise die Mitbewerber schädigen, zum anderen aber müsse der Wettbewerber auch seine eigene Leistungskraft erhalten. Die Wettbewerbsverfassung sei auf den Dauervorteil der Gesamtnachfrage gerichtet und der Unternehmer müsse aus diesem Grunde durch die Gegenleistung des Kunden instandgesetzt werden, die gleiche Leistung auf die Dauer weiter zu produzieren[2]. Im Interesse der Allgemeinheit wird also eine Verpflichtung des Unternehmers statuiert, sich selbst nicht zu schädigen und sich vor Vermögenseinbußen durch Unterkostenpreise zu bewahren.

Die Ansicht, daß der Leistungswettbewerb die Unternehmer im Anbieterwettbewerb zu einer 'Leistungssteigerung' veranlassen werde, hat, wie oben[3] aufgezeigt wurde, dazu geführt, auf die Erstellungskosten eines Produktes abzustellen und als Leistung das Erzeugnis anzusehen, das nach dem ökonomischen Prinzip erstellt wurde. Weiterhin wird aus dieser Vorstellung für den Begriff des Leistungswettbewerbs gefolgert, daß es sich bei ihm um einen Wettbewerb handeln müsse, der der Marktgegenseite Vorteile in Aussicht stellt, wobei der Kunde durch Kauf der besten Leistung die unterlegenen Anbieter zu ständiger Leistungsverbesserung zwingen werde.

Für den Leistungsbegriff wird hier vorausgesetzt, daß dem Nachfrager unmittelbar ein Vorteil geboten werden müsse, was trotz der Herstellung eines Erzeugnisses nach dem ökonomischen Prinzip nicht notwendig der Fall sein muß, da der Unternehmer z.B. bei einer Kostensenkung auf Grund innerbe-

---

1) Wydler S.8 f. m.w.N. spricht vom 'prestation équivalente'.
2) Böhm, Wettbewerb S.223 ff., 227; von Castelberg S.80
3) s.o.S.98

trieblicher Maßnahmen das Produkt zu unveränderten Preisen weiterverkaufen kann. Willeke definiert dementsprechend die Leistung als Ergebnis wirtschaftlicher Tätigkeit, 'das geeignet ist, von der Marktgegenseite unmittelbar als vorteilhaft angesehen zu werden'[1]. Fikentscher nimmt eine ähnliche Einschränkung in seine allgemeine Wettbewerbsdefinition auf, wonach wirtschaftlicher Wettbewerb das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) sein soll, 'durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen'[2].

Durch diese Einschränkung des Leistungsbegriffes auf die 'vorteilhafte' und in ihrer konkreten Ausgestaltung 'möglichst günstige' oder wenigstens so erscheinende Leistung, werden wieder normative Kriterien zur näheren Abgrenzung der Leistung herangezogen. Hinter der günstigen, vorteilhaften Leistung steht der Gedanke einer Verbesserung, des Besserseins oder Bessermachens, so daß eine entsprechende Feststellung nicht absolut, sondern als Unterschied zwischen mehreren Angeboten nur relativ getroffen werden kann und zwar als positive Abweichung von Vergleichsgrößen[3]. Als solche Vergleichsgrößen kämen hier ebenfalls nur die Leistungen der (eines) Mitbewerber(s) in Betracht, eine wie immer zu ermittelnde Durchschnittsleistung oder abstrakte Sollvorstellungen über eine Mindestleistung. Die 'vor-

---

1) Willeke S.160 f.
2) Fikentscher WuW 1961, 788, 796 ff.; ähnlich Rinck, Wirtschaftsrecht Rdnr.622 und die Regierungsvorlage zu § 1 GWB, BT-Drcks., 2. Wahlperiode Nr.1158, S.31; Boykott, Bestechung und ähnliche Wettbewerbshandlungen gehörten nach diesen Definitionen nicht zum Wettbewerb.
3) Gleiche Probleme ergäben sich bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals 'Güte' einer Ware in § 16 Abs.2 GWB, würde es nicht objektiv als Beschaffenheit der Ware aufgefaßt, Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., § 16 GWB Rdnr.16; LG Berlin vom 29.3.1965 WuW/E LG, AG 247

teilhafte' Leistung müßte sie übertreffen oder ihnen mindestens gleichkommen. Damit aber stellt sich erneut das Problem der Leistungsmessung der zu vergleichenden Größen. Es wurde bereits dargelegt, daß eine objektive Beurteilung einer Leistungssteigerung und somit die Feststellung einer ebenfalls nur im Wege eines Vergleiches zu ermittelnden 'vorteilhaften' Leistung nicht sicher möglich ist. Eine Ausnahme käme nur bei homogenen Gütern in Betracht, wenn diese sich lediglich in quantitativ erfaßbaren Größen wie dem Preis voneinander unterscheiden. Bei den vielfältigen Produktdifferenzierungen und bei Einbeziehung der substituierbaren Güter stehen jedoch weder dem Kunden noch einem anderen neutralen Beobachter objektive Maßstäbe für eine Leistungsmessung zur Verfügung[1]. Bei einer mit Qualitätsverschlechterung verbundenen Preissenkung eines Produktes zum Beispiel läßt sich nicht objektiv beurteilen, ob ein 'günstiges' Angebot vorliegt oder vorlag, oder ob es sich im Ergebnis um eine Leistungssteigerung oder Leistungssenkung des Unternehmens handelt. Gleiches gilt für Waren verschiedener Unternehmer, die sich in Preis und Qualität entsprechend unterscheiden.

Wird hingegen bei der 'vorteilhaften' Leistung kein objektiver Maßstab herangezogen, sondern von der subjektiven Vorstellung des Kunden ausgegangen, so kann bereits das Angebot eines Erzeugnisses ohne Rücksicht auf seine nähere Ausgestaltung dem Kunden vorteilhaft erscheinen, weil ihm dadurch überhaupt die Möglichkeit geboten wird, das Gut zu erwerben. Welche Eigenschaften darüber hinaus günstig oder vorteilhaft sind, könnte allein der Kunde aus seiner konkreten Situation heraus beantworten. Da der Nachfrager aber in der Regel sich bei jedem Kauf einen - sei es gegenwärtigen oder zukünftigen, materiellen oder immateriellen - Nutzen, also Vorteile verspricht, wäre letztlich jedes Erzeugnis

---

1) Willeke S.162

vorteilhaft, das der Kunde erwirbt, das sich also vom Anbieter her gesehen absetzen läßt. So führt auch Willeke aus, eine vorteilhaft erscheinende Leistung liege dann vor, wenn sie 'geeignet ist, von der anderen Marktpartei akzeptiert zu werden'[1]. Dies wird jedoch normalerweise bei jedem auf den Markt gebrachten Produkt der Fall sein, weil der Unternehmer seine Leistungen gerade im Hinblick auf die Marktgegenseite erstellt, wie es im Zusammenhang mit der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft allgemein hervorgehoben wird. Läßt sich nur von den individuellen Käuferwünschen bestimmen, welche Leistung 'vorteilhaft' erscheint oder welche Geschäftsbedingungen 'möglichst günstig' sind[2], so ist diese Einschränkung des Leistungsbegriffes zu unbestimmt, um zu einer Präzisierung des Leistungsbegriffes beizutragen. Hier würde vielmehr wiederum die Gefahr bestehen, allgemeine und unüberprüfbare wirtschaftspolitische Erwägungen an die Stelle der subjektiven Betrachtungsweise des Kunden zu setzen. Wollte man nämlich allgemeinere Aussagen darüber treffen, was für den einzelnen Kunden vorteilhaft ist, ob ihm also ein niedriger Preis des Erzeugnisses trotz minderer Qualität oder (auch) ein höherer Preis bei besserer Qualität günstig erscheint, so liegt es nahe, die Entscheidung über diese Frage von abstrakten Vorstellungen abhängig zu machen, ob allgemein der Preisgestaltung gegenüber der Qualität, der Qualität gegenüber dem Kundendienst oder bei gleichem Preis der Quantität gegenüber einer qualitativen Produktverbesserung der Vorzug zu geben sei und dies als Entscheidung des 'vernünftigen' Kunden auszugeben.

In dieser Richtung versucht auch Benisch den Leistungsbegriff zu modifizieren. Er hält 'die Auffassung des im Rahmen der Gesamtwirtschaft denkenden Staatsbürgers' für

---

1) Willeke S.161
2) Ohm, Definitionen S.256: Der Nutzen könne direkt weder intrapersonal noch interpersonal gemessen werden.

entscheidend[1]. Hier ergeben sich aber die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Abgrenzung des Leistungswettbewerbs aus der Sicht der Gesamtwirtschaft und der Allgemeinheit im Hinblick auf das Gemeinwohl. Abgesehen von den im Ergebnis divergierenden Anschauungen über Sinn und Zweck der Gesamtwirtschaft und damit verbunden über das Gemeinwohl, liegen die Erörterungen dieser Probleme hauptsächlich im Bereich der Wirtschafts- und Sozialphilosophie und verlieren sich in ethischen und weltanschaulichen Ansichten der einzelnen Autoren, wobei sich nur vieldeutige und unklare Bewertungskriterien finden lassen, welche einzelnen Handlungen im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegen sollen. Die Abstraktionshöhe der Diskussion übergeht die zahllosen wirtschaftlichen Streitfragen, die im konkreten Fall zu lösen wären, wollte man feststellen, welche einzelnen Wettbewerbshandlungen das wie immer verstandene Gemeinwohl fördern und damit Leistungswettbewerb wären. Eine Definition des Begriffes Leistung würde von mehr oder weniger zutreffenden Vermutungen darüber abhängen, ob bestimmte Wettbewerbsmaßnahmen gesamtwirtschaftlich abträgliche Folgen hätten oder nicht. Die Entscheidung über das Vorliegen von Leistungswettbewerb liefe dann insbesondere bei neuartigen und noch unbekannten Wettbewerbsmaßnahmen auf das Betreiben von Wirtschaftspolitik hinaus und die 'Auffassung, des im Rahmen der Gesamtwirtschaft denkenden Staatsbürgers' wäre eine bloße Vermutung über die gesamtwirtschaftliche Erwünschtheit des Wettbewerbs.

Abgesehen von diesen Einwendungen hebt auch van Dam zutreffend hervor, daß die Bewertung einer Leistung vom Standpunkt der Allgemeinheit wechseln könne[2], so z.B. kann eine Produktionssteigerung, die als Mehrung des Sozialproduktes in

---

1) Benisch WuW 1955, 425
2) van Dam S.58 f.

der Regel positiv beurteilt wird, als Überproduktion den Interessen der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Ebenso kann die Beurteilung von Wettbewerbsverlagerungen etwa von der Quantität auf die Qualität der Erzeugnisse wechseln. In Notzeiten wird eine Einschränkung der produzierten Gütermenge zugunsten einer Qualitätsverbesserung über gewisse Mindestanforderungen hinaus in gesamtwirtschaftlicher Sicht durchaus unerwünscht sein. Die Feststellung der Leistung im Sinne des Leistungswettbewerbs, überhaupt die Bewertung einer Wettbewerbshandlung auf Grund § 1 UWG unter Einbeziehung der Gesamtwirtschaft, der Wettbewerbsordnung, der freien Marktwirtschaft und ähnlichem muß daher kritisch beurteilt werden[1]. Die unter den Begriff Leistungswettbewerb fallenden Wettbewerbshandlungen wären dann von der jeweils wechselnden wirtschaftlichen Gesamtsituation abhängig. Für den einzelnen Wettbewerbsvorgang wäre dieser Maßstab außerdem zu grob und undifferenziert, wie dies deutlich in der Rechtsprechung hervortritt. Sie zieht diesen Maßstab nur heran, wenn sie nicht isolierte, einzelne Wettbewerbshandlungen zu beurteilen hat, sondern sich wiederholende, gleichförmige Wettbewerbsmaßnahmen. So stellte das Reichsgericht im Benzinkampffall[2] auf die fortgesetzte Preisunterbietung ab; in der Suwa-Entscheidung des Bundesgerichtshofes[3] wird die kostenlose Abgabe von Bezugscheinen 'im Wege örtlich oder zeitlich konzentrierter Massenverteilung' als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen. Die gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise wird der einzelnen Wettbewerbshandlung nicht gerecht, sondern vermag allenfalls bei der Massierung bestimmter Wettbewerbsvorgänge etwas auszusagen. Aber selbst dann beruht die rechtliche Wertung letztlich auf den nationalökonomischen Vorstellungen der urteilenden Richter, die in

---

1) Schwarzfischer S.335 ff.; Rinck, Gute Sitten S.163 m.w.N.
2) RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 (347)
3) BGH vom 22.2.1957 BGHZ 23, 365

diesen Fällen wirtschaftspolitische Entscheidungen treffen, obwohl in der Rechtsprechung wiederholt betont wurde, daß der Richter keine Wirtschaftspolitik zu treiben habe[1]. Schließlich stehen noch allgemeine Überlegungen einem auf das Gemeinwohl oder die gesamte Wirtschaft bezogenen Leistungsbegriff entgegen. Soweit die in anderen wissenschaftlichen Disziplinen wurzelnden Begriffe wie der des Leistungswettbewerbs in makro-ökonomischer Sicht keine gesetzlichen Tatbestandsmerkmale sind, haben sie nur ausnahmsweise rechtserhebliche Bedeutung. Sie wären erst rechtlich erheblich, wenn sie eine Hilfe bei der Auslegung oder Anwendung von Rechtsnormen bieten und so die Rechtsfindung erleichtern. Dies kann jedoch nicht der Fall sein, wenn diese Begriffe selbst nicht hinreichend klar abzugrenzen sind, da dann durch ihre Verwendung nur eine 'Generalklausel' aus einer anderen wissenschaftlichen Disziplin an die Stelle des auslegungsbedürftigen und unbestimmten Rechtsbegriffes gesetzt würde. Hierdurch wäre für die Lösung rechtswissenschaftlicher Probleme nichts gewonnen. Die zu entscheidenden sachlichen Fragen würden vielmehr durch die neue Bezeichnung nur verdeckt.

Ist daher eine befriedigende weitere Präzisierung des Leistungsbegriffes im Sinne des Leistungswettbewerbs nicht möglich, so kann darunter nur, wie oben als Zwischenergebnis festgestellt wurde, das dem Kunden angebotene oder, wie bei Dienstleistungen, das erst zu erbringende Ergebnis der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmers, also die Absatzleistung des Betriebes verstanden werden.

---

1) BGH vom 22.2.1957 BGHZ 23, 365 (375) - Suwa;
BGH vom 27.6.1958 BGHZ 28, 54 (59) - Direktverkäufe;
Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr.61,
§ 1 UWG Rdnr.196; Rinck, Gute Sitten S.163 f. m.w.N.

Leistungswettbewerb ist dann das Verhalten mehrerer Unternehmer mit dem Ziel, auf einem Markt zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen, wobei die Anbieter versuchen, ausschließlich durch ihre Absatzleistung den potentiellen Abnehmer zum Kauf zu veranlassen. Dabei können die Beschaffenheit der Leistung und ihre sonstigen Eigenschaften im weitesten Sinn hervorgehoben werden.

Bei dieser Umschreibung handelt es sich nicht um eine allgemeingültige Definition. Eine solche ist auf Grund der unterschiedlichen und teilweise widersprüchlichen Ansichten vom Leistungswettbewerb nicht möglich. Die oben entwickelte Ansicht vom Kern des Leistungswettbewerbs erscheint aber für die Rechtswissenschaft allein hinreichend klar und praktikabel und nur auf die Aussagekraft für die Rechtswissenschaft wird der Begriff, dem Ziel der Arbeit entsprechend, untersucht.

6. Abschnitt

Zusammenfassung: Die Verwendbarkeit des Begriffes 'Leistungswettbewerb' im Wirtschaftsrecht

Die Verwendung des Begriffes Leistungswettbewerb im Wirtschaftsrecht begegnet zunächst allgemein dem Bedenken, daß er weitgehend unklar, einer näheren Präzisierung wie gezeigt nicht zugänglich ist und daß trotz der weiten Verbreitung und des schlagwortartigen, summarischen Gebrauches von einem einheitlichen Begriff nicht gesprochen werden kann. Er ist daher in besonderem Maße der Gefahr von Mißverständnissen ausgesetzt und erscheint bereits aus diesem Grunde für eine wissenschaftliche Diskussion ungeeignet. Jedenfalls ist es bedenklich, aus einem überwiegend wirtschaftswissen-

schaftlichen Begriff, unter dem beinahe jeder Autor etwas anderes, teilweise sogar Gegensätzliches versteht, rechtliche Schlüsse ziehen zu wollen, wenn bereits eine Anzahl von Vertretern der Wirtschaftswissenschaften den Begriff als nichtssagendes Schlagwort ansieht[1]. Überdies orientiert sich die makro-ökonomische Sicht des Leistungswettbewerbs auch stark an wirtschaftspolitischen Vorstellungen, die für das Recht des unlauteren Wettbewerbs grundsätzlich unerheblich sind[2]. Als Grundlage eines für die Rechtswissenschaft tauglichen Begriffes erscheint allein die oben gewonnene Vorstellung vom Kern des Leistungswettbewerbs geeignet. Damit sind aber zugleich die engen Grenzen seiner rechtsdogmatischen Brauchbarkeit offenkundig.

Der Begriff kann einer systematischen, wenngleich wenig differenzierten Einteilung der Wettbewerbshandlungen nutzbar gemacht werden, wie es bei Callmann[3] und Lehmann[4] der Fall ist. Als Bezeichnung für den nicht ausschließlich mit Leistung betriebenen Wettbewerb bietet sich dann der eingebürgerte Ausdruck 'Nichtleistungswettbewerb' an, worunter beispielsweise Wettbewerbshandlungen zu zählen wären, die in einem auf Mitbewerber oder Kunden ausgeübten physischen oder psychischen Zwang bestehen, in einem Boykott, einer Bestechung, dem Ausspannen von Arbeitskräften und der Anschwärzung.

Für die Generalklausel des § 1 UWG lassen sich aber selbst aus dem oben dargelegten Kern des Begriffes Leistungswettbewerb keine Folgerungen ziehen, da sich dieser Begriff allein auf den Inhalt des vom Unternehmer auf den Markt gebrachten Angebotes, also auf das 'Kampfmittel' bezieht, ohne die Begleitumstände bei der Erstellung der Leistung oder

---

1) s.o.S.37
2) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.221 bezogen auf Preisunterbietungen; vgl. ferner oben S.86
3) Callmann S.50 ff.
4) Lehmann, H. S.104 ff.

ihrer Anpreisung zu berücksichtigen. Auch sind die Absichten der Wettbewerber, d.h. die mit einer Wettbewerbshandlung verfolgten Zwecke, aus dem Begriff ausgeklammert; sie jedoch sind ebenfalls für die im Rahmen von § 1 UWG vorzunehmende Gesamtbetrachtung[1] des Wettbewerbsverhaltens bedeutsam. So wäre eine Preisunterbietung auf Grund untertariflicher Bezahlung der Arbeitnehmer unlauter[2], aber Leistungswettbewerb im obigen Sinn. Das Gleiche gilt für Preisunterbietungen durch Steuerhinterziehungen[3] oder mit der Absicht, die Existenz eines Wettbewerbers zu vernichten[4]. Auch Wettbewerbshandlungen, die trotz Beschränkung auf das Angebot einer Leistung gegen sittlich fundierte Rechtsnormen verstoßen, können nach § 1 UWG sittenwidrig sein, wie z.B. der Verkauf von Arzneimitteln unter Verstoß gegen die Arzneimittelverordnung[5] oder von Lebensmitteln unter Verstoß gegen Lebensmittelgesetze[6]. Unlauter und doch Leistungswettbewerb wären weiterhin Verstöße gegen vertragliche Bindungen wie der Verkauf von Waren unter Verletzung einer vertikalen Preisbindung, die unerlaubte Auswertung eines Patent-, Kennzeichen- oder Urheberrechts, sowie die Täuschung der Kunden durch unwahre Angaben über die Leistung[7]. Selbst Bestandteile der unternehmerischen Leistung in Form von Zugaben oder Werbegeschenken können die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung begründen[8]. Der Leistungswettbewerb vermag deshalb auch nicht als Leitbild, Richtlinie oder Ähnliches bei der Abgrenzung von lauterem und unlauterem

---

1) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.65 ff. m.w.N.; Rinck, Gute Sitten S.170
2) RG vom 23.12.1918 RGZ 117, 16 (21)
3) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.231
4) RG vom 18.12.1931 RGZ 134, 342 - Benzinkampf
5) BGH vom 16.11.1956 BGHZ 22, 167 (180)- Arzneimittel; BGH vom 29.1.1957 BGHZ 23, 184 (186) - Spalttabletten
6) BGH vom 12.7.1957 GRUR 1958, 86 - Ei=fein
7) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.5
8) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Rdnr.91 ff.

Wettbewerb zu dienen, wobei der Leistungswettbewerb im Zweifel erlaubt, der Nichtleistungswettbewerb hingegen unerlaubt wäre. Hierdurch würde eine Vermutung für die Zulässigkeit nur bestimmter Erscheinungsformen des Wettbewerbs aufgestellt, obwohl eine derartige Vermutung für jeden Wettbewerb, also auch den Nichtleistungswettbewerb zu gelten hat. Auf Grund der in Art.2, 3, 12 Grundgesetz und § 1 Gewerbeordnung verankerten Wettbewerbsfreiheit ist grundsätzlich jeder Wettbewerb erlaubt, und der Richter kann nur dann Wettbewerbshandlungen nach § 1 UWG untersagen, wenn er positiv von deren Unlauterkeit überzeugt ist. Ist aber generell 'in dubio pro Wettbewerb' zu entscheiden, so könnte der Einteilung in Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb selbst in Zweifelsfällen keine rechtlich erhebliche Bedeutung für die Abgrenzung von erlaubtem und unerlaubtem Wettbewerb beigemessen werden.

Es könnte dann nur die Frage gestellt werden, ob der Leistungswettbewerb - unabhängig von seiner Bedeutungslosigkeit für § 1 UWG - ein Leitbild des lauteren Wettbewerbs für die Wirtschaftspraxis sein könnte. Möglicherweise kann zwar davon ausgegangen werden, daß der lautere Leistungswettbewerb den unlauteren überwiegt, weil eine Anzahl der allgemein als unlauter angesehenen Wettbewerbshandlungen wie Boykott, physischer oder psychischer Zwang, Anschwärzung u.ä. von vornherein nicht zum Leistungswettbewerb zählen; da aber die Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung wesentlich von den Begleitumständen abhängt, die der Begriff nicht erfaßt, scheint ein derartiger Schluß fraglich. Da § 1 UWG überdies auf die guten Sitten bezug nimmt und grobe Verstöße hiergegen den Wirtschaftsbeteiligten bekannt sein werden, wäre ein derartiges 'Leitbild' auch für die Praxis kaum von Nutzen.

Sollte daher der Begriff Leistungswettbewerb für das Recht des unlauteren Wettbewerbs irgendwie erheblich sein, so

müßte er an Hand weiterer Kriterien modifiziert werden. Diese Kriterien aber ließen sich mangels anderer Anhaltspunkte nur aus der bisherigen Literatur und Rechtsprechung zu § 1 UWG entnehmen, mit der Folge, daß der Begriff dann keine eigenständige Bedeutung mehr hätte, sondern lediglich eine andere Bezeichnung für den nach dem UWG erlaubten Wettbewerb wäre. Damit wäre aber die Begriffsbildung überflüssig und für das Recht des unlauteren Wettbewerbs unbrauchbar.

Gibt es unlauteren Leistungswettbewerb, so kann auch der Leistungswettbewerb dem GWB allgemein nicht zugrunde liegen. Nach einhelliger Ansicht will das GWB nur den gesetzlich zulässigen[1], also nicht einen unlauteren Leistungswettbewerb fördern. Der lautere Leistungswettbewerb kann allerdings als Grundform des Wettbewerbs angesehen werden und liegt insoweit dem GWB zugrunde:

Durch den Wettbewerbsmechanismus sollen die Pläne der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten aufeinander abgestimmt werden. Während in der Planwirtschaft die Herstellung und Verteilung der knappen, aber für die allgemeine Daseinsvorsorge unentbehrlichen oder förderlichen Güter und Dienstleistungen durch staatliche Lenkung gesteuert wird, soll dies in einer Wettbewerbswirtschaft durch das Ausrichten der Interessen der Anbieter auf die der Nachfrager erreicht werden. Dies setzt aber voraus, daß dem Kunden 'etwas' angeboten wird, durch dessen Kauf oder Nichtkauf er Einfluß auf die Wirtschaftsproduktion nehmen kann. So ist auch allen Vorstellungen von wirtschaftlichem Wettbewerb gemeinsam, daß die Wettbewerber am Abschluß von Geschäften mit Dritten interessiert sind[2], also bei den Anbietern die Absicht eines Austausches vermögenswerter Güter mit den Nachfragern

---

1) Statt aller: Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar § 1 Rdnr.19 m.w.N.
2) Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar § 1 Rdnr.19

vorhanden ist. Dieses vermögenswerte Gut des Unternehmers ist im Anbieterwettbewerb die von ihm angebotene (Absatz)-leistung, so daß als Quintessenz des Wettbewerbs überhaupt der lautere Leistungswettbewerb angesehen werden kann. Von dieser Grundvorstellung geht jedes den Wettbewerb regelnde Gesetz, also auch das GWB aus. Für die Einzelfälle aber, die die Rechtswissenschaft zu entscheiden hat, sind die Konkretisierungen dieses Grundprinzips in den einzelnen Gesetzen ausschlaggebend, nicht hingegen derartige allgemeine Prinzipien selbst. Fikentscher hebt daher - auch für die obige Vorstellung vom Leistungswettbewerb - zu Recht hervor, daß das Leistungsprinzip nur die 'materielle Grundlage für das Unwerturteil über den lauteren Wettbewerb' bildet, daß aber die Aufgabe, Recht vom Unrecht im Wettbewerb zu scheiden, nicht dem Leistungsprinzip, sondern dem Gesetz und seinen Bestimmungen über die Sittenwidrigkeit zufalle.

Die vorliegende Untersuchung gelangt daher zu einem negativen Ergebnis: Der 'Leistungswettbewerb' ist nur eine positive, eingängige Wortschöpfung und kaum mehr als ein weitgehend mit undifferenzierbaren Wertvorstellungen und Grundprinzipien angefülltes Wort, aber kein Begriff; aus ihm können weder rechtliche Schlüsse gezogen, noch mit ihm Rechtsauffassungen begründet werden. Wirtschaftliche Erörterungen sollten die Verwendung des Wortes 'Leistungswettbewerb' daher vermeiden.

Lebenslauf

Am 30.12.1937 wurde ich, Klaus Peter Freitag, als zweiter Sohn des Kaufmanns Erich Freitag und seiner Ehefrau Agnes, geb. Pajung, in Breslau geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Breslau-Ohlewiesen und in Wachenhausen Kreis Northeim/Hann. besuchte ich das Gymnasium Corvinianum in Northeim. Hier bestand ich am 25.2.1958 das Abitur und studierte zunächst Philologie an der Universität in Göttingen. Im Wintersemester 1959/60 wechselte ich das Studienfach. Am 22.11.1963 legte ich vor dem Prüfungsausschuß am OLG Celle das erste juristische Staatsexamen ab. Seit dem 6.3.1964 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Niedersachsen.